O CODIGO PENAL

INTERPRETADO

SEGUNDO AS FONTES, A DOUTRINA E A JURISPRUDENCIA E COM REFERENCIAS AOS PROJECTOS DE SUA REVISÃO

PARTE ESPECIAL

PELO

Dr. João Vieira de Araujo

Deputado federal, ex-magistrado e lente cathedratico de direito criminal e militar na Faculdade do Recife

RIO DE JANEIRO
IMPRENSA NACIONAL
1901

2317 — 901

DO AUTOR

Leis judiciarias annotadas etc.— Recife 1877.

Ensaio de Direito Penal.— Recife, 1884 (esgotado).

A Lucta pelo Direito (trad. de R. von Ihering) — Recife, 1885.

Nova edicção official do Codigo Criminal.— Ante-Projecto, etc. (inedito) — Recife, 1889.

Codigo Criminal Brazileiro.— Commentario Philosophico Scientifico em relação com a Jurisprudencia e a legislação comparada — Recife, 1889 (esgotado).

Codigo Penal Brazileiro commentado theorica e praticamente, 2 tomos, Rio de Janeiro, S. Paulo, Recife — 1896-97.

Direito Penal do Exercito e Armada, Rio de Janeiro 1898.

Brasilien — Unter Benutzung von Mitteilungen des Dr. João Vieira de Araujo bearbeited von Dr. Georg Crusen — Berlin, 1893, Otto Liebmann (in *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtvergleichen der Darstellung.* Bd. II: "*Das Strafrecht der aussereuropäischen Staaten").*

A Revisão dos Processos Penaes, segundo a doutrina, a jurisprudencia e a legislação comparada — Rio de Janeiro, 1900.

Diversas outras publicações em revistas e jornaes nacionaes e estrangeiros.

O CODIGO ACTUAL E O FUTURO CODIGO

O *codigo penal commentado theorica e praticamente* escripto em 1894 e só publicado em 1896-1897 em dous volumes, é, menos o capitulo da « satisfação do damno» que supprimi, uma nova edicção do meu commentario de 1889 ao codigo anterior de 1830, mas adaptada ao codigo vigente.

E' um livro novo, porém, porque recebeu novos accrescimos, tendo sido mesmo completada a parte *geral*, incompleta no anterior.

Entretanto. só comprehende a parte *geral*, porque a parte *especial* que faz parte do 2º volume se reduz, por assim dizer, á uma especie de programma da vasta materia, apontando apenas a bibliographia geral e as especiaes e referindo-se quanto ao mais á exposição de motivos do projecto de 1893 que tive a honra de redigir na Camara dos Deputados.

O presente livro é um tratado da parte *especial* do direito criminal, a mais importante, porque é mais util, só se referindo ao defeituosissimo codigo que temos, porque é a lei que deve ser applicada e a obra visa, não só o aspecto ideial, philosophico ou theorico; como tambem o real, positivo ou pratico do direito criminal.

Abrangendo hoje o estudo desse ramo do direito nas Faculdades respectivas officiaes e livres dous annos de curso e comprehendendo pela nova legislação todas as materias do mesmo direito, é intuitiva a vantagem para os estudantes d'um livro que realize o *desideratum* d'um curso geral e completo do mesmo direito.

Assim a minha obra sobre a parte geral ficará completa para o curso geral com a publicação da presente, servindo a do direito militar para estudo dos principios geraes deste direito.

Finalmente a legislação comparada, a jurisprudencia, e os projectos como trabalhos preparatorios do futuro codigo nos serviram de constante subsidio, referindo-nos mesmo ao direito processual toda a vez que o estudo completo do assumpto assim o exigia.

Referimo-nos, quanto á revisão do codigo, especialmente ao projecto que chamaremos de 1899, porque neste anno foi depois de emendado e approvado remettido ao Senado.

O plano do presente livro visando o estado do nosso direito criminal actual constituirá um commentario *antecipado* do futuro codigo nesta parte, si porventura, o Senado converter em lei o referido projecto.

Não cremos, porém, que isto tão cedo aconteça, preterindo-se outras exigencias da tarefa legislativa, inclusive a do codigo civil que é obra muito mais urgente.

A nossa ideia de commentario *antecipado*, agora, já a externavamos a proposito d'outro livro nosso e poderá ter até certo ponto sua realisação tambem.

« Devemos dizer antes de tudo que escrevendo o presente livro, não só tivemos em vista tratar d'um assumpto inexplorado nas lettras juridicas entre nós, como principalmente fazer um *commentario antecipado da lei, ora em projecto.*

E o facto não é sem precedentes illustrados e animadores.

Roguin, notavel professor na universidade de Lausanne, diz em condições menos opportunas e menos favorecidas que aquellas em que nos achamos :

« O interesse da nossa obra augmentou em consequencia das votações, pelos dous conselhos legislativos da Confederação, em 10 e 17 de abril de 1891, das disposições principaes de um projecto de lei federal...

« O presente livro servirá de *commentario antecipado á lei futura*, etc. [1]

« Nós estudámos o assumpto para justificar e discutir o projecto na Camara dos Deputados, fazendo a critica tão completa quanto foi possivel ás nossas forças, da legislação existente e fundamentando as novas disposições projectadas na doutrina, na legislação comparada e na jurisprudencia especialmente nacional.

Assim, o livro póde, sem immodestia, assumir o papel de explicador da nova lei, si fôr votada definitivamente, tendo o livro e a lei o mesmo autor.» [2]

A benevolencia manifestada no paiz e no estrangeiro por trabalhos e estudos anteriores me animará a esforçar-me quanto possivel no desempenho desta nova tarefa, sem duvida a mais vasta e difficil do que todas as outras.

Capital Federal, 5 de Abril de 1901.

---

[1] Roguin, Conflits des Lois Suisses, Lausanne, 1891, VI.
[2] Do autor : A Revisão dos Processos Penaes, etc., Rio de Janeiro, 1900. Notas finaes, pg. 557.

INTRODUCÇÃO

1. E' indispensavel quando se tem de tratar da parte *especial* do direito penal, ou de qualquer codigo, expôr o systema de classificação adoptado.

Em um tratado, ou em um codigo, a primeira parte, chamada commummente parte *geral*, se reduz, em summa, a estabelecer os principios ou regras geraes que devem dominar a imposição e execução das penas.

O systema ou classificação aqui, isto é, nesta *primeira* parte, é a de todos os factos puniveis em *geral* tratados ou codificados, que ora são definidos sómente por uma expressão, ora por duas, ou tres, correspondendo aos systemas da unidade, bipartição, ou tripartição dos crimes; nesta parte não se cogita de infracção alguma particular ou essencial, falla-se de infracção, crime, delicto, contravenção, transgressão, etc.

Ao contrario, na parte de que vamos nos occupar e que é a mais vasta e importante, o autor ou a lei tem de expôr ou determinar cada infracção e estabelecer ou indicar a pena que lhe deve corresponder para ser applicada.

Antes de tudo convém notar, que ao menos para aquelles que adoptam o systema tripartido das infracções, elle não póde corresponder exactamente á classificação da parte *especial*, porque nesta os crimes e delictos são enumerados englobadamente.

Só as *contravenções* é que ficam separadas, adopte-se a bipartição ou tripartição, versando a classificacão sobre os crimes ou delictos, palavras synonimas para nós, conforme o codigo vigente e anterior que não seguiram o francez.

Segundo nota Pessina, nas antigas legislações nunca houve uma classificação dos crimes, enumerando-se umas depois de outras sem ordem systematica as varias especies de crimes.

As diversas *Leges*, que no direito romano previam as differentes especies de delictos, não appareceram todas juntas, como succedeu muito depois com os codigos, mas com o andar dos tempos.

Já foi obra da sciencia em relação ás jurisdicções e ao processo judiciario construir uma dupla divisão dos delictos, a dos *crimina publica* e *delicta privata* e a dos *crimina ordinaria* e *crimina extraordinaria*.

Os delictos publicos eram aquelles que davam logar ao julgamento publico propriamente dito; os delictos particulares eram aquelles que davam logar sómente ao julgamento do pretor, de que resultavam consequencias puramente pecuniarias.

Mas, com o surgir das *quaestiones perpetuæ*, assim como com a extensão das *leges*, graças ás constituições posteriores dos imperadores, só ficou em vigor a distincção dos *crimina publica* e dos *delicta privata* como fundamento de classificação, não mais no sentido do processo, mas do valor juridico das acções criminosas. [1]

Esta divisão fundamental se conservou no direito penal intermedio como dogma commum por obra dos juristas, mas teve uma significação um pouco diversa, porque aos delictos *publicos* se ligou o significado de factos puniveis *ex-officio* pela autoridade do Estado e o nome de delictos *privados* ou particulares foi dado áquelles puniveis mediante querela do particular offendido ou damnificado pela acção criminosa.

2. Tratando do assumpto, Garraud observa que é na parte *especial* do direito penal que se acham catalogadas as especies e variedades de infracções, com as penas que lhes são applicaveis. Si é a parte mais *pratica*, é, ao mesmo tempo, a mais *antiga* e a mais *variavel* das legislações positivas.

O espirito humano não estréa pela abstracção: por isso, esse catalogo de factos puniveis é o objecto quasi exclusivo dos codigos primitivos.

Estes codigos preveem e punem á proporção e á medida que são observados os actos de natureza a prejudicar a ordem social. Não sonham ainda em approximal-os e grupal-os, para destacar delles certas regras geraes que os expliquem e dominem.

Póde-se seguir assim, no desenvolvimento mesmo dos factos puniveis, o desenvolvimento das necessidades sociaes e dos diversos interesses que a lei penal deve proteger.

Depois, esses factos são systematisados e grupados: si os classifica em diversas categorias que sob denominações geraes, como as de *furto*, *falsidade*, *homicidio* etc., comprehendem uma serie de factos puniveis.

---

[1] Vide Ferrini, *apud* Cogliolo, *Completo Trattato di Diritto Penale*, Milano, 1888-1890 vol. 1°, parte 1ª, pag. 128.

Então os codigos se dividem em duas partes bem distinctas: uma que abraça as disposições communs e que se qualifica de *parte geral*; outra que define os factos puniveis, que estabelece a pena ligada a cada um desses factos e que se chama *parte especial*.

Quando este trabalho de synthese está terminado é que surgem as varias questões que o problema suscita para o legislador, a saber, si se deve limitar a enumerar os factos puniveis sem classifical-os, ou ao contrario, si se deve preoccupar com a adopção d'uma exposição systematica e neste ultimo caso qual é a que deve ser adoptada.

O problema tem uma face dupla, porque póde ser encarado sob o aspecto das codificações positivas e sob o aspecto dos tratados scientificos sobre essa parte do direito e da legislação penal.

Debaixo do primeiro ponto de vista, só para fallar dos codigos mais modernos, o francez, que é o velho modelo de todos é o primeiro documento a estudar como typo de classificação, por assim dizer, o primeiro élo da cadeia que se prende desde o direito romano ás codificações posteriores á que serviu de fonte.

A primeira grande divisão feita pelo cod. francez, na opinião de Garraud não corresponde absolutamente á classificação das infracções em *delictos de direito natural* e *transgressões de policia* feita por alguns codigos modernos, como o hollandez e os hungaros, classificação que é certamente a mais scientifica de todas quantas teem sido propostas ou ensaiadas, mas de que é difficil traçar exactamente os limites.

Para repartir as infracções na cathegoria dos crimes e delictos ou na das contravenções, o legislador francez de facto não se preoccupou directamente com a *natureza intrinseca* das infracções, mas com a *gravidade* respectiva das *penas* que lhes tinha comminado.

Acham-se realmente algumas *transgressões de policia* entre os crimes e os delictos e alguns *delictos de direito natural* entre as contravenções.

A gravidade das penas se mede com effeito não sómente pela immoralidade do facto incriminado, mas ainda pelo prejuizo social que este facto tenha podido causar.

Sob este ultimo ponto de vista ha transgressões de policia que devem ser punidas mais severamente do que muitos delictos de direito natural em razão do mal que ellas causam e dos interesses que ellas lesam.

A medida da penalidade não é, pois, sempre um *criterium* certo da gravidade subjectiva da infracção.

E como o codigo francez classifica as infracções segundo a pena que as leis lhes applicam é exclusivamente sobre sua *gravidade* e não sobre sua *natureza* que é baseada esta divisão de factos puniveis.

Entre os criminalistas italianos, nem Carrara, nem Pessina agitam essa questão.

Mas a theoria de Garraud tem importancia séria, si se attender ao fundamento da outra de Garofalo sobre o delicto natural. [1]

A comprehensão della evitaria os erros de classificação que se nota no nosso codigo vigente collocando entre os crimes ou delictos verdadeiras contravenções *v. g.* as dos arts. 265 e 282 e entre estas verdadeiros delictos, por exemplo, os dos arts. 366, 373 e 380.

Garraud cita bem, como a mais scientifica que tenha sido feita tal classificação, exemplificando-a com o cod. hollandez e os dous hungaros, aos quaes podemos juntar o da Italia. [2]

Em consequencia, a primeira cousa a fazer num bom tratado ou numa codificação é a melhor divisão possivel entre os crimes ou delictos e as contravenções.

3. A importancia do problema, porém, cresce quando se trata da classificação dentro da categoria mesma dos crimes ou delictos exclusivamente.

A variedade por isso mesmo é extraordinaria, quer nas obras, quer nas leis positivas.

O nosso ponto de partida, que é a fonte commum dos actuaes, será ainda o codigo francez, mesmo porque delle é tambem oriundo o nosso excellente codigo de 1830, que aliás preciosas originalidades contém.

No cod. francez o livro que comprehende os crimes e os delictos se divide em dous titulos, abrangendo um «os crimes e delictos contra a cousa publica» e o outro os «crimes e delictos contra os particulares».

A primeira categoria se subdivide em tres classes: crimes e delictos contra a segurança do estado, contra a constituição, contra a paz publica; a segunda categoria comprehende duas especies, crimes e delictos contra as pessoas e crimes e delictos contra as propriedades.

Muito igual ao francez é o codigo do Principado de Monaco. [3]

Zanardelli cita como do mesmo typo os codigo parmenses de 1820, o dinamarquez e o de S. Marino de 1865, assim como não identicos, mas semelhantes os projectos inglezes de 1878 e 1880. [4]

---

[1] Garofalo, *Criminologia*, pag. 1, cap. I.
[2] Garraud, *Droit Pénal Français*, Paris, 1888—96, 2º vol., n. 484 n. 291.
[3] *Code penâ* ,Monaco, 1875, liv. 3º.
[4] *Relazione ministeriale—cod. penale*, Roma, 1888 ,pag. 6, not. 1.

Isto mesmo podemos dizer do nosso codigo de 1830, ora abolido, que divide os crimes e delictos em publicos e particulares, dividindo e subdividindo cada uma dessas grandes categorias nas classes e especies comprehendidas nos titulos, capitulos e secções das suas respectivas segunda e terceira partes.

Os codigos citados, pois, inclusive o nosso anterior, representarão um typo subordinado a um systema que nós podemos chamar *synthetico*, porque adopta no arranjo das classes de crimes vastas divisões.

Ainda modernamente o projecto de revisão do codigo do Japão adoptou o systema do codigo francez, ao menos em suas linhas geraes. [1]

O typo diametralmente opposto a esse, que se poderia chamar da *enumeração* ou systema *analytico* é justamente aquelle que, desprezando os agrupamentos numerosos na classificação e tambem os menores, não coordena os factos puniveis em familias ou classes, mas faz delles minucioso inventario.

E' fóra de duvida que este systema se tem generalisado modernamente, do que offerecem exemplos o codigo allemão, que é dividido em 28 secções, o hungaro, que tem 43 capitulos e o hollandez, que tem 31 titulos.

Nestes codigos essas são as divisões das suas partes especiaes, apenas subdivididas ou em artigos ou em paragraphos.

A esses codigos junta Swinderen muitos dos Estados Unidos da America do Norte e contra a opinião de Zanardelli, os projectos inglezes de 1878 e 1880.

E, finalmente, como tendo seguido o mesmo systema, podemos citar tambem o «Ante-Projecto do *Codigo Penal suisso*, modificado conforme a opinião da respectiva commissão de peritos». Este projecto tem 15 capitulos subdivididos em artigos. [2]

O terceiro e ultimo typo é um systema eclectico, mixto ou um meio termo entre os dous e, no dizer ainda de Zanardelli, adoptado pelo maior numero de legislações, consistindo por sua propria natureza, em não seguir nem as divisões muito vastas do primeiro, nem o parcellamento exaggerado do segundo, classificando os factos puniveis sob um numero de titulos maior do que o daquelle e menor do que o deste, embora adopte subdivisões em capitulos e secções, quando a variedade das especies o exige.

---

[1] Boissonade, *Projet Révisé*, etc. Tokio, 1886, pag. 422, n. 272.

[2] «Vorentwurf zu einem Schweizerischen Sratfgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission» Berlin 1896, pag. 34.

Seguiram esse systema os codigos italianos das Duas Sicilias e sardos, todos os projectos anteriores ao vigente, differentes codigos allemães, codigos e projectos de cantões da Suissa e os codigos belga, hespanhol, portuguez, uruguayo, argentino e muitos outros.

Este ultimo typo, diz-se, realiza em summa a harmonia, tanto quanto é possivel, entre o systema pelo qual os factos são estudados pela sciencia e a ordem ou methodo que deve presidil-os na legislação positiva.

O Codigo Brazileiro vigente de 1890 seguiu o mesmo systema, si bem que consagre na parte especial numero de titulos desnecessario, scindindo sem razão materias connexas, como as dos titulos I e II, VII, VIII e IX e XII e XIII, além de haver aberto um titulo para conter um só artigo sobre o contrabando, que aliás não comprehende todas as modalidades que lhe attribue o direito fiscal!

Entretanto esta parte *especial* está dividida apenas em nove titulos nos projectos de 1893, 1896 e 1897, ora em discussão no Congresso Nacional, não tendo sido porém mantida no projecto approvado na Camara dos Deputados e remettido ao Senado, que contém 10 titulos.

4.— Agora consideremos ligeiramente a questão sob outro ponto de vista, isto é, a do methodo no estudo da sciencia sem nenhuma preoccupação legislativa; pois que ainda aqui as opiniões variam.

Assim, Carrara, considerando o problema, reconhece, antes de tudo, que os delictos podem ser reduzidos a duas grandes classes, conforme elles apresentam no seu resultado ou no designio do agente a lesão ou perigo, quer de um direito *universal*, quer de um direito *particular*.

Essas duas classes elle distribue em duas secções, a dos delictos *naturaes*, que são aquelles que têm por objecto um direito attribuido ao individuo pela mesma lei da natureza; e os delictos sociaes que elle não define; aquelles sem duvida que teem por objecto um direito attribuido á sociedade ou antes ao Estado nella organisado considerado em si mesmo sob o ponto de vista dos interesses collectivos.

Entretanto a objecção que elle mesmo previne, mas não resolve, é que rigorosamente uns e outros são delictos *naturaes* em sua maior parte. [1]

Pessina não se preoccupa com a questão, dividindo os crimes em crimes contra o direito individual e crimes contra o direito social, começando por aquelles e terminando por estes. [2]

---

[1] Carrara, *Programma, Parte Speciale*, Lucca, 1881-83, vol., 1º § 1079-85, vol. 5º § 2465-2475.

[2] Pessina, *Diritto Penale*, Napoli, 1882-85, 2º e 3º vols.

Entretanto as subdivisões não são impeccaveis e sub-classes, que pareciam talvez estar melhor na primeira classe ou divisão estão na segunda e vice-versa.

Daremos em ultimo logar a opinião em resumo de von Liszt e a de van Swinderen.

O primeiro diz que o direito existe por causa do homem. Seu fim é a protecção de interesses da vida humana ou de homens vivos. A essencia do direito é a protecção de interesses; a idéa do fim a força que engendra o direito. Os interesses protegidos pelo direito são chamados por nós bens juridicos. Por bem juridico, pois, se deve entendes o interesse protegido juridicamente. Todos os bens juridicos são interesses da vida, quer do individuo, quer da sociedade. Não é a ordem juridica que engendra o interesse, é a vida; todavia a protecção juridica eleva o interesse da vida á classe de bem juridico. Os interesses da vida emanam das relações da vida dos individuos entre si e dos individuos com o Estado e a sociedade e inversamente. Afim de manter a paz, a ordem, é necessario que se tracem limites entre os differentes interesses, que um estado de paz exista. E' a vontade geral elevada acima do individuo que se encarrega desta obrigação; ella a resolve na ordem juridica, na divisão dos interesses entre aquelles que teem direito a existir, a ser protegidos e aquelles que não o teem. As normas da ordem juridica, ou, em outros termos, as disposições legaes imperativas ou prohibitivas, prescrevendo uma acção determinada ou defendendo-a sob certas condições, são os baluartes dos bens juridicos. A protecção juridica, que a ordem juridica presta aos interesses da vida, é a protecção das normas. Mas o direito não é sómente um estado de paz, mas ao mesmo tempo tambem, conforme sua essencia mais intima um estado de guerra, de luta. Afim de poder preencher a sua missão, elle tem necessidade da força que subjugue a vontade individual recalcitrante. Esta força se manifesta, se realiza na autoridade do Estado.

Trata-se, pois, aqui do constrangimento, que se manifesta sob tres fórmas differentes, a saber: a execução judiciaria, as perdas e damnos e a punição do indocil, das quaes a ultima não acha sua applicação sinão quando as duas primeiras não bastam para manter o direito.

Para dar uma idéa clara, diz van Swinderen, da applicação da theoria do autor á classificação das infracções, me parece bastar indicar as divisões principaes que elle recommenda.

São as seguintes: I, infracções contra os bens juridicos individuaes, subdivididas em infracções contra a integridade corporea, contra

direitos juridicos incorporeos, contra direitos de propriedade e em infracções caracterisadas por meio de ataque; II, infracções contra os bens juridicos da communidade, subdivididas em infracções contra o Estado, contra o direito dos povos, contra a autoridade do Estado e contra a administração do Estado. [1]

5. Por sua parte, van Swinderen nota que, ainda quando não se possa pôr em duvida que cada divisão e classificação se resente do arbitrario, o que se explica pela difficuldade de assignar à cada infracção seu logar no systema, não é menos verdade que a divisão e classificação adoptadas não são indifferentes. Em seguida elle explica-se, alludindo á opinião que acabamos de registrar.

A divisão e classificação, que me parecem se recommendar, são aquellas que repousam sobre o direito lesado e que são reconhecidas por quasi todos os autores; donde segue-se que eu não poderia concordar com a classificação consagrada pelo professor von Liszt.

« A divisão e a classificação que eu segui, diz elle, repousa sobre as seguintes considerações.

O jurisconsulto que se funda sobre os principios do christianismo positivo, attribue um alto valor á personalidade, ao individuo e pois que sobre o terreno juridico não poderia haver questão sinão do homem e que o direito abraça as relações dos homens entre si, o homem individual deve ser o ponto de partida sobre o terreno do direito em geral e sobre o do direito penal em particular.

A personalidade humana é, pois, o factor principal de que se trata aqui. Ella tem direitos tão longo tempo quanto ella existe, ou, em outros termos, tão longo tempo quanto sua vida se mantem durante esta economia terrestre, por conseguinte desde seu nascimento até á sua morte. São, pois, as infracções contra pessoas determinadas que a*brem* a serie das infracções subdivididas naquellas contra sua vida, seu corpo, sua liberdade, sua paz, sua honra e sua boa fama, de sorte que é um erro grave pretender que a honra é o bem supremo. Aquelles mesmo que avançam esta theoria são inconsequentes quando se trata de sua applicação, porque elles prescrevem penas mais fortes para muitas outras infracções, que não para aquellas affectando a honra. Em *segundo* logar se devem collocar as infracções contra a propriedade

---

[1] F. E. von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1891, pags. 8 e segs. e 312 e segs.

que não lesam tão immediatamente uma pessoa determinada, mas se approximam muito daquellas contra pessoas determinadas. E pois que se chega á familia, tomando como ponto de partida o homem individual, a *terceira* categoria das infracções se compõe daquella, contra a familia, que a seu turno formam a transição para aquellas dirigidas contra pessoas indeterminadas, a sociedade não organisada ou o Estado.

Parece-me estar em harmonia com a natureza das cousas, não admittindo sinão duas divisões principaes das infracções, conforme ellas ferem pessoas determinadas ou indeterminadas, porque não me parece fundada a objecção de que é muitas vezes difficil de constatar si uma infracção é dirigida contra pessoas determinadas ou indeterminadas, attendendo-se que em um certo sentido cada infracção é dirigida contra todas duas, mas que o elemento principal da infracção decide do logar a lhe assignar no systema. E' aqui que a mesma regra acha sua applicação quando se trata de responder á questão, em que rubrica uma infracção deve ser collocada, por exemplo, si deve achar seu logar na que trata das infracções contra a pessoa ou na consagrada áquellas contra a propriedade. E' o caso, para não citar sinão um exemplo, do roubo que se dirige contra a propriedade e contra a pessoa, mas de que o elemento principal é a aggressão á propriedade.

A infracção e classificação das infracções, que eu recommendo, se recommenda ainda sob um outro ponto de vista, porque ella consagra a transição gradual do mais simples ao mais complicado e rejeita a opinião erronea da omnipotencia do Estado, como em opposição directa com a liberdade e a dignidade do individuo. Esta classificação demonstra ainda claramente que os principios do christianismo positivo são, com effeito, os principios verdadeiramente liberaes. Esta classificação deveria ser adoptada pelas legislações penaes actuaes, porque se trata aqui, com effeito, d'uma divisão de principio e não d'uma divisão de ordem, attendendo-se que a intenção criminosa differe de ordinario essencialmente, conforme a infracção commettida. Consultando-se a pratica judiciaria, este facto salta aos olhos, que criminosos que teem uma inclinação para uma infracção d'um caracter especial, não teem muitas vezes para uma infracção de qualquer outro caracter. Para não citar sinão alguns exemplos: de ordinario os ladrões e mendigos se absteem de infracções contra as pessoas, de alta traição, de fabricação de moeda falsa e inversamente. Todavia confesso, conclue elle, que os autores não teem recommendado, que eu saiba, as classificações systematicas, nas quaes elles adherem aos legisladores, guardando silencio

sobre este ponto importante, de sorte que sobre elle é impossivel saber qual é a opinião delles. [1]

Esta ultima observação é real; mas o facto justifica-se menos por conveniencia do methodo, do que por necessidades praticas.

E' assim que Berner, dando o merecido valor ás classificações scientificas e alludindo á critica de Zachariae e sobre a sua obra tão notavel, accentua bem isto e que não repelle outros systemas como o da lei positiva no tratado da parte especial e effectivamente segue nesta a ordem do cod. allemão. [2]

Tambem o Dr. Rivarola, que discute o plano do codigo argentino que não adopta, segue-o, entretanto, na sua obra. [3]

Entretanto, pondo de parte alguns dos fundamentos que dá, em geral, a opinião que segue Swinderen, tem sido acceita pelos tratadistas, entre os quaes podemos citar Carrara e Pessina, si bem que podendo haver divergencia nas subdivisões, na divisão geral, aquelles, assim como outros, tratam em primeiro logar dos delictos chamados naturaes ou contra o direito individual e em segundo logar dos delictos sociaes ou contra o direito social.

Mas a theoria de Swinderen não é acceitavel, desde que elle mesmo se confessa individualista puro ou antes exagerado.

E aqui vem a proposito lembrar a opinião de Ferri sobre um dos pontos cardeaes da nova escola de direito criminal.

Como temos visto que a escola classica surgia em nome do individualismo para reivindicar os direitos exageradamente suffocados pelo Estado na idade média, assim a escola positiva procura agora pôr um limite á preponderancia, á sua vez exagerada deste individualismo e tende a restabelecer o equilibrio entre o elemento social e o elemento individual. [4]

E esse pensamento tem raizes mais profundas e vistas mais geraes.

Effectivamente, a orientação de todo o pensamento contemporaneo que conscientemente ou não dirige a maioria dos pensadores, está em uma contra-reacção ao individualismo explodido com a Revolução Franceza e exagerado depois pelo doutrinarismo politico e social que a seguiu.

---

[1] Van Swinderen, *Esquisse du droit pénal actuel dans Les Pays Bas et à l'Etranger*, Groningue, 1891-94, 2º vol. pag. 3.

[2] Berner, *Lehrbuch etc.*, part. especial pr.

[3] Rivarola, *Exposición y crítica del código penal.* Buenos Ayres, 1890, tomo 2º, pag. 1.

[4] Ferri, *Sociologia Criminale*, Torino, 1892, pagina 25.

Foi assim por toda parte: na economia politica como no direito criminal, no direito administrativo como no direito constitucional, etc. Ao socialismo empirico exagerado da idade média succede a reacção do individualismo doutrinario, isto é, aprioristico, de 1789 em diante, depois se tem operado uma contra-reacção, que nos socialistas puros é tambem exagerada e aprioristica, porque torna a afogar o individuo no cosmos social, mas nos sociologos, ao contrario, é positivista e indica uma orientação de equilibrio entre individualismo e socialismo, entre homem e sociedade. [1]

Sendo assim, nada justificaria alterar o systema actual dos codigos, desde que elles se teem mantido até aqui como são, não obstante, a exageração das theorias individualisticas e pois seria retardar na evolução aquella phase de equilibrio voltar áquellas idéas, conforme Swinderen pretende.

Effectivamente, á excepção do Cod. Penal da Baviera de 1813, não conhecemos entre os contemporaneos, ao menos de primeira ordem, um que não trate antes dos crimes contra o direito social, e depois contra o direito individual.

Seguiremos, pois, tambem essa ordem, isto é, a do projecto approvado na Camara dos Deputados e remettido ao Senado em 1899, que aliás é a dos anteriores de 1893, 1896 e 1897, sentindo entretanto, que não seja a melhor a ordem dos titulos do cod. vigente, aliás já de 1890, e menos em parte a distribuição das materias por elles feita, no que teremos algumas vezes de que nos afastar, remediando a desordem do texto pelo methodo na exposição, consignando depois em um summario a correspondencia entre um e outra, isto é, entre os artigos do codigo e numeros do tratado ou commentario.

---

[1] Ferri, *Socialismo e criminalità*, Torino, 1883, pag. 57.

PARTE ESPECIAL

Dos crimes, contravenções e penas em particular

LIVRO I

Dos crimes e sua punição

TITULO I

DOS CRIMES POLITICOS

CAPITULO I

DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DA REPUBLICA

SECÇÃO I

DOS CRIMES CONTRA A INDEPENDENCIA, INTEGRIDADE E DIGNIDADE DA PATRIA

CODIGO

Art. 87. Tentar, directamente e por factos, sujeitar o territorio da Republica, ou parte delle, ao dominio estrangeiro; quebrantar ou enfraquecer a sua independencia e integridade:

§ 1.° Entregar de facto ao inimigo interno, ou externo, qualquer porção de territorio possuido, ou occupado pela Nação, ou cousa sobre que a mesma tenha dominio, ou posse, dispondo de sufficientes meios de defesa e resistencia;

§ 2.° Auxiliar alguma nação inimiga a fazer guerra, ou a commetter hostilidades contra a Republica, fornecendo-lhe gente, armas, dinheiro, munições e meios de transporte;

§ 3.° Revelar á nação inimiga, ou a seus agentes, segredos politicos ou militares, concernentes á segurança e á integridade da patria; communicar ou publicar documentos, planos, desenhos e outras informações com relação ao material de guerra, ás fortificações e operações militares da Republica ou de nações alliadas, quando operarem contra inimigo commum;

§ 4.° Dar entrada e auxilio a espiões ou emissarios inimigos mandados a espiar as operações de guerra da Republica, conhecendo-os como taes:

Pena — de prisão cellular por cinco a 15 annos.

Art. 88. Provocar, directamente e por factos, uma nação estrangeira a mover hostilidades ou a declarar guerra á Republica:
Pena — de prisão cellular por dous a quatro annos.
§ 1.º Si seguir-se a declaração de guerra:
Pena — de prisão cellular por cinco a 15 annos.
§ 2.º Si para não se verificar a guerra, declarada em consequencia da provocação, a Nação tiver de fazer algum sacrificio em detrimento de sua integridade ou de seus interesses:
Pena — de prisão cellular por cinco a 15 annos.

Art. 89. Tomar armas o cidadão brazileiro contra a Republica, debaixo de bandeira inimiga:
Pena — de prisão cellular por dous a quatro annos.

Art. 90. Commetter, sem ordem ou autorização do Governo, hostilidades contra subditos de outra Nação, de maneira que se compromettа a paz, ou se provoquem represalias:
Pena — de prisão cellular por dous a quatro annos.

Art. 91. Seduzir, em caso de guerra externa, no territorio em que tiverem logar as operações do exercito federal, nas guardas, nos quarteis, nos arsenaes, nas fortalezas, nos acampamentos, nos postos militares, nos hospitaes, ou em outros logares, as praças que fizerem parte das forças do Governo, tanto de terra como do mar, para que desertem para o inimigo:
Pena — de prisão cellular por cinco a 15 annos.
Paragrapho unico. Si a deserção não for para o inimigo:
Pena — de prisão cellular por dous a 10 annos.

Art. 92. Seduzir, no caso de guerra externa, pelo modo e nos logares mencionados no artigo antecedente, as praças, afim de que se levantem contra o Governo ou contra os seus superiores:
Pena — de prisão cellular por cinco a 15 annos.

Art. 93. Si os crimes dos dous precedentes artigos forem commettidos em tempo de paz, e em qualquer logar do territorio nacional:
Pena — de prisão cellular por dous a seis annos.
Paragrapho unico. A pena será applicada com augmento da terça parte, si a deserção for para paiz estrangeiro.

Art. 94. Dar, em tempo de guerra, asylo ou transporte a desertores, conhecendo-os como taes:
Pena — de prisão cellular por tres a nove annos.
Si em tempo de paz:
Pena — de prisão cellular por seis mezes a um anno.

Art. 95. Comprar ás praças, que fizerem parte das forças do exercito federal, peças de armamento, fardamento, equipamento, ou munições de guerra:
Pena — de prisão cellular por seis mezes a um anno e multa do decuplo do valor dos objectos comprados.

Art. 96. Transgredir as ordens e decretos do Governo, que prohibirem, no territorio onde tiverem logar as operações de guerra, publicações e reuniões que puderem favorecer ao inimigo, ou excitar a desordem:
Pena — de prisão cellular por dous a seis mezes.

Art. 101. Comprometter em qualquer tratado, ou convenção, a honra, a dignidade, ou os interesses da Nação; tomar compromissos em nome della, ou de seu governo, sem estar devidamente autorizado:
Pena — de prisão cellular por um a seis annos.

Art. 103. Reconhecer o cidadão brazileiro algum superior fóra do paiz, prestando-lhe obediencia effectiva:

Pena — de prisão cellular por quatro mezes a um anno.

Paragrapho unico. Si este crime for commettido por corporação, será esta dissolvida; e, caso os seus membros se tornem a reunir, debaixo da mesma, ou diversa denominação, com o mesmo ou diverso regimen:

Pena — aos chefes, de prisão cellular por um a seis annos; aos outros membros, por seis mezes a um anno.

Art. 104. Exercitar a pirataria — e este crime julgar-se-ha commettido:

§ 1.º Praticando no mar qualquer acto de depredação e violencia contra brazileiros, ou contra subdito de nação com a qual o Brazil não esteja em guerra;

§ 2.º Abusando da carta de corso, legitimamente concedida, para praticar, sem estar autorizado, hostilidades contra navios brazileiros ou de outras nações;

§ 3.º Apossando-se alguem, por meio de fraude ou violencia contra o respectivo commandante, do navio de cuja equipagem fizer parte;

§ 4.º Entregando a piratas, ou inimigo, o navio a cuja equipagem pertencer;

§ 5.º Oppondo-se alguem, por ameaças ou por violencia, a que o commandante ou tripolação do navio o defenda em occasião de ser atacado por piratas ou por inimigo:

Pena — de prisão cellular por cinco a 15 annos.

§ 6.º Acceitando carta de corso de governo estrangeiro, sem competente autorização:

Pena — de prisão cellular por dous a seis annos.

Art. 105. Pena igual á estabelecida para os cinco primeiros paragraphos do artigo antecedente se imporá:

§ 1.º Aos estrangeiros que commetterem contra navios brazileiros depredações ou violencias em tempo de guerra, sem estarem munidos de carta de corso;

§ 2.º A todo commandante de embarcação que commetter hostilidade debaixo de bandeira que não seja da nação de que tiver recebido carta de corso.

Art. 106. Tambem commetterá crime de pirataria:

§ 1.º O que fizer parte da equipagem de qualquer embarcação que navegue armada, sem ter passaporte, matricula de equipagem, ou outros documentos que provem a legitimidade da viagem:

Pena — ao commandante, de prisão cellular, de quatro a 12 annos; ás pessoas da equipagem, de dous a seis annos.

§ 2.º O que, residindo dentro do paiz, traficar com piratas conhecidos, ou lhes fornecer embarcações, provisões, munições, ou qualquer outro auxilio, ou entretiver com elles intelligencias que tenham por fim prejudicar o paiz;

§ 3.º Todo commandante de navio armado que trouxer documentos passados por dous ou mais governos differentes:

Pena — de prisão cellular, por seis a 12 annos.

COMMENTARIO

1. Esta parte, que é a chamada *especial*, comprehende os livros II, III e IV do codigo, sobre os crimes e contravenções *em especie* e *disposições geraes*.

No plano deste commentario, que é o do projecto de 1899 e dos anteriores, inclusive os nossos dous de 1893 e 1897, esta parte *especial* está dividida em dous livros, comprehendendo-se no I os *crimes*, e no II as *contravenções*.

Já nos referimos á differença entre os crimes e as contravenções, e quando occuparmo-nos destas, additaremos algumas considerações [1].

Uma observação geral deve ser logo feita, é que o codigo vigente, assim como os projectos posteriores, tiveram como fonte commum o italiano e por isso os respectivos interpretes são os guias mais seguros do nosso direito penal de 1890 para cá.

E desde logo vem aqui a proposito uma observação de Majno, referindo-se ao ministro Zanardelli, o autor do cod. italiano :

No estudo dos caracteres differenciaes entre os delictos e as contravenções notamos que aquelles se classificam segundo o direito offendido, e estas, segundo o bem que o legislador se propõe obter punindo-as.

E este conceito inspirou-se na distribuição das materias, especialmente deste livro: — «entre os dotes precipuos de um codigo penal, dizia o relatorio ministerial sobre o projecto italiano de 1887 (n. LXXIII) — está a exacta classificação dos crimes, a qual, além da ordenada distribuição da materia, contribúe tambem para mais facil e exacta observancia da lei. Com este intento, o projecto, seguindo as pegadas dos precedentes, funda a classificação sobre o conceito da objectividade juridica do facto, o que importa dizer sobre a especie do direito, a existencia ou o exercicio do qual constitue o objecto tido em mira pelo crime».

E por isso, o legislador, começando pelos delictos que mais directamente interessam o organismo politico e civil da sociedade, classificou os delictos em dez categorias, constituindo outros tantos titulos deste livro os quaes terminam com aquelles que ferem immediatamente direitos ou interesses particulares, isto é, a pessoa e os haveres [2].

Nos projectos de 1893, 1896 e 1897, este livro contém nove titulos, mas na redacção final approvada pela Camara ha dez, porque incluiu-se o *contrabando* com um só artigo, como se havia feito no codigo vigente, que aliás não se referiu a todos os aspectos daquelle crime, antes um delicto fiscal do que commum.

O codigo vigente contém neste livro treze titulos, o que censuramos, respondendo á defesa delle por seu illustre e pranteado autor e á critica do nosso projecto de 1893.

---

[1] Codigo penal commentado, etc. do autor. Rio de Janeiro, 1896-97, pag. 23, 1º vol; pag. 429, 2º vol.

[2] Majno, commento al codice penale, Verona, 1890-99, 1º vol. pag. 332, n. 586.

Isto posto, ainda faz-se mistér algumas considerações preliminares e geraes para boa intelligencia dos artigos do codigo, que nos servem de texto e desta secção dos projectos posteriores.

2. O conceito do crime politico tem praticamente dous effeitos: primeiro, servir de base á competencia da justiça federal, conforme a respectiva disposição constitucional; segundo, servir de criterio á solução da questão que suscita a *extradição,* quer *internacional,* quer *interestadoal.*

O primeiro ponto de vista é puramente processual.

Sobre o segundo, additaremos considerações ás que fizemos, commentando a parte *geral* do codigo, onde nos occupamos da theoria da extradição [1].

E' uma questão que continúa a ser muito controvertida, quer nos dominios da diplomacia, quer nos da doutrina, a de saber si a negativa da extradição deve soffrer restricções nos crimes politicos e quaes ellas sejam.

O Congresso Juridico Americano, inaugurado nesta Capital Federal em 3 de maio de 1900, para solemnisar o IV Centenario do Descobrimento do Brazil, havia proposto sobre aquelle problema a seguinte questão entre as de direito publico:

«IX. Deve-se restringir o direito de asylo nos crimes politicos? Qual a formula da restricção?»

A fórma da pergunta não prima pela clareza.

Consignaremos aqui o que occorreu em relação á discussão pela nossa parte apenas, podendo-se recorrer aos trabalhos do Congresso (na sua maxima parte ainda ineditos) para melhor estudo da questão.

E como a questão foi considerada por nós por uma face inteiramente nova, da qual não parece ter cogitado a these e que suscitava o nosso proprio direito publico moderno da Republica Federativa, repetiremos aqui os principios que alli expuzemos, porque nos deverão servir de guia na apreciação do novo aspecto alludido, isto é, o da extradição *interestadoal* nos crimes politicos.

Antes, pois, de tudo, repetiremos as considerações geraes que externámos, tendo em vista a solução de questões momentosas e connexas dispertadas pela discussão da these:

« O Sr. João Vieira declara que subscreve a conclusão da primeira questão, relatada pelo illustre Dr. João Monteiro, extensa e eruditamente. Externará depois o fundamento do seu voto, em poucas palavras.

O seu fim principal é invocar a attenção do sabio Congresso para o modo e o alcance das votações, consideradas sob o seu aspecto systematico.

---

[1] João Vieira, COD. PENAL COMMENTADO, etc., pag. 66, cap. VII, 1º vol.

Assim, particularisando a ideia e exemplificando, dirá que o Congresso votou em sua sabedoria que « admittido o principio da unidade do direito privado, não é justificavel o systema de diversidade de processo, cabendo á União e aos Estados a competencia para legislar sobre este assumpto segundo regras preestabelecidas na Constituição Nacional ».

Pois bem. Si na organisação politica brazileira é uma anomalia legislarem os Estados sobre o processo, maior anomalia para o systema geral representativo é que se considerem soberanos os Estados, negando-lhes ao mesmo tempo legislar sobre o direito, quer substantivo, quer adjectivo.

Essa mutilação é mais grave do que recusar á União legislar sobre o processo nos Estados.

O Congresso parece que, para ser logico, deve rejeitar a conclusão do relatorio ou votar outra em sentido contrario, que por ventura seja apresentada por emenda.

Agora o seu voto:

Quem diz Estado póde não dizer Constituição, mas quem diz Constituição, diz Estado.

A soberania não é mais do que o poder da sociedade concretisada no Estado como organisação politica.

Não se comprehende, nem Estado, nem soberania, sem a plenitude dos poderes executivo, legislativo e judiciario.

A unidade que se suppõe destruida na União, porque não legisla sobre o processo, fica destruida, a seu turno, no Estado porque se lhe não consente que legisle nem mesmo sobre o processo.

A doutrina contraria não está mesmo isenta de duvida, mas não nega tudo aos Estados federados.

O seu voto é que o Estado é soberano, como soberana é a União e no rigor dos principios assim é pela lettra do art. 63 da Constituição Federal.

A estranheza de alguns neste ponto é devida á pretenção de quererem accommodar os novos institutos nos velhos moldes, ou pretender que o direito domine os phenomenos quando deve ser dominado por elles.

Ainda o *misoneismo*, a força da inercia, gera taes illusões puramente subjectivas que resistem á realidade da vida.

O direito de intervenção (art. 6º) e a *extradição* (art. 34 n. 32 e art. 66 § 4º), por exemplo, são institutos que presuppõem a soberania dos Estados.

E si se apurar muito essa preferencia ou preeminencia entre a União e os Estados, ainda o art. 64 da Constituição não dará argumento para affirmar que sendo o territorio dos Estados, o dominio imminente, em virtude do principio da soberania, é delles e não della?

Esta razão obsta que se considerem os Estados como simples territorios habitados por aggregados, não con-

stituidos em Estados verdadeiros e reaes, o que seria a negação pura e simples da federação, porque esta é uma associação de Estados.

A disposição do art. 65 n. 2 da Constituição da nossa Republica, tem na federal suissa uma correspondente a que podemos comparal-a.

« Os cantões, diz o art. 3º, são soberanos em tudo aquillo em que a sua soberania não é *limitada* pela Constituição Federal e como taes exercem todos os direitos que não são delegados ao Poder Federal. »

Este artigo, nota Marsauche, é completado pelo art. 2º, que diz: « a confederação tem por fim assegurar a independencia da patria, proteger a liberdade e os direitos dos confederados e a accrescer sua prosperidade commum. »

Ora, para aquelles que duvidarem do parallelo entre o nosso typo de Governo e o da Suissa, diremos com Loumyer, que no fundo é sem razão que a Constituição de 1874 dá á Suissa o nome de Confederação, quando ella se deveria chamar os « Estados ou Cantões Unidos da Suissa ».

A historia anterior da Suissa demonstra claramente a existencia de uma soberania *dupla* no seio da Confederação, uma federal, outra cantonal, e póde-se citar numerosos exemplos de casos em que ellas se teem achado em opposição uma á outra.

« Os juristas, dizem tambem judiciosamente Adams & Cunningham, acharão talvez esta expressão *dupla soberania* mais ou menos inexacta, porque não póde haver em um Estado senão um Poder Supremo ou Soberano.

Mas esta expressão está consagrada pelo uso universal na Suissa e não póde ser substituida por nenhuma outra.»

Não teria duvida em considerar como equivalente as expressões *soberania dupla* e *soberania limitada*.

Mas esta ultima expressão é uma fonte de equivocos, além de encobrir um paralogismo.

Porque se diz que a soberania dos Estados é limitada, conclue-se que elles não são soberanos, porque a soberania não póde ser limitada.

Não se attende a que a soberania da União é tambem limitada no mesmissimo sentido, porque, si os Estados não podem tudo, a União não póde tudo.

A Constituição Federal offerece muitos exemplos disso nas competencias e attribuições respectivas da União e dos Estados.

A distribuição alludida de funcções soberanas é o que caracterisa a federação, o contrario seria o systema unitario.» [1]

---

[1] Congresso Juridico Americano, no *Jornal do Commercio* n. 130, de 11 de maio de 1900.

3. Tendo nos manifestado por esse modo, alludindo á extradição, em sessão posterior discutimos a these relativa, suscitando a duvida concernente á extradição interestadoal nos crimes politicos commettidos contra os Estados propriamente e não contra a União.

A these é a que já acima inserimos.

« Confessa que o seu estudo na questão IX do direito publico não póde ir além do conciso, mas interessante relatorio do illustre professor, seu collega Dr. Paula Ramos.

O quesito é de difficil interpretação e a prova está na divergencia entre o honrado relator e o illustrado Sr. Dr. Ubaldino do Amaral.

O orador se limitará a suscitar duvidas sobre a pouca extensão das restricções contidas nas conclusões do relatorio e enfrentar a questão sob uma face nova, de que não parece, aliás, ter cogitado o quesito.

Primeiro ponto:

A segunda conclusão do relatorio inclue a restricção do direito de asylo quando elle for concedido na embaixada ou legação que gozar da *exterritorialidade*.

Assim, parece-lhe que o douto relator quer que o asylo deva ser dado propriamente no territorio.

E' sabido que a expressão *territorio*, no direito publico e no direito criminal, ou antes no direito penal internacional, é tomada muitas vezes não no sentido physico ou geographico, mas no sentido *politico*.

Se assim é, porque não estender a restricção a casos analogos como, v. g., o navio de guerra, o consulado com poderes de *policia*, o territorio estrangeiro occupado militarmente, etc.?

Limita-se a fazer as interrogações; não fará emendas ás conclusões do relatorio, porque, em geral, acha que o honrado relator interpretou bem o quesito.

Pensa que não se trata no caso de extensão ou restricção do direito de asylo em relação aos crimes.

Si assim pensasse, lembraria que a formula crimes *politicos e connexos* com os crimes politicos não satisfaz, tanto que o Instituto de Direito Internacional já no Congresso de 1880, em Oxford, declarava que só se poderia attender para os effeitos da extradição os crimes communs connexos com os politicos que pudessem ser considerados como praticados de accôrdo com os usos e costumes da guerra, etc.

Hoje ha outras soluções...

Acha que o crime politico tem o mesmo caracter fundamental dos crimes communs, salvo elementos differenciaes de importancia secundaria.

As duas fórmas do crime são a violencia ou a fraude, ou ambas, sendo bem conhecida e bem repetida pelos autores a sentença de Cicero: *duobus modis fit injuria, aut vi aut fraude*.

E por isso aceita o conceito do crime politico que dá o notabilissimo livro de Lombroso & Laschi : « o crime politico é a lesão violenta ou fraudulenta aos direitos da maioria contra a organisação politica, social e economica, por ella querida. »

O segundo ponto a que queria referir-se é a questão nova a que alludio, que suscita o nosso proprio direito publico brazileiro moderno, a proposito do instituto da extradição entre Estados confederados ou federados.

O orador, no Congresso Nacional Constituinte propoz a suppressão do mesmo instituto, que afinal foi adoptado e figura na Constituição, arts. 34, n. 32, e 66, n. 4, regulamentado pela lei de 1892.

Supponha-se que a questão se agita entre Estados da União, um dos quaes asyla o criminoso politico de outro.

Não se trata de crime politico contra a União, porque esta tem acção sobre todo territorio do paiz e para ella não foi feita a lei de extradição inter-estadoal.

O caso não é novo.

Nos cantões suissos, que Loumyer diz serem, conforme a constituição de 1874, os Estados Unidos da Suissa, isto é, uma federação e não confederação, o art. 67 da mesma Constituição diz :

« A legislação federal estatue sobre a extradição dos accusados de um cantão para outro ; todavia a extradição *não* póde tornar-se *obrigatoria* para os delictos *politicos e de imprensa*.»

Entre nós *quid juris ?*

Nem a nossa constituição, nem a sua lei organica se referem á especie. O orador confessa a sua culpa, porque, tendo sido o autor do projecto convertido em lei, não cogitou do caso.

Mas, merece attenuantes, porque a esse tempo a federação, não se lhe desenhava no espirito com a nitidez que lhe deu depois o estudo das novas instituições patrias.

Outra razão impedia tambem que de tal cogitasse.

A jurisprudencia dos tribunaes nada havia assentado e só mais tarde fixou-se no sentido de considerar o crime politico contra os Estados da competencia dos poderes locaes.

A questão, portanto, assim como toda these, é da mais relevante importancia pelos seus effeitos praticos, isto é, o de saber si os Estados podem deixar de entregar uns aos outros criminosos politicos contra um ou mais Estados, isto de modo absoluto ou não.

E' o que tinha a dizer.» [1]

---

[1] Congresso Juridico Americano no *Jornal cit.*, n. 138 de 19 de maio de 1900.

A questão não ficou ahi; foi renovada em seguida no mesmo Congresso, tomando orientação diversa a discussão porque então comprehendeu a extradição em relação á natureza do crime commettido; limitando-nos, porém, desta vez a justificar concisamente a conclusão lembrada antes.

« O Dr. João Vieira sente não poder acceitar a conclusão proposta pelos seus doutos collegas os Srs. Ubaldino do Amaral e Carvalho Mourão. Quanto á 1ª e 2ª partes da mesma conclusão, nota simplesmente que não ha necessidade de incluir nesta parte o *regicidio* e crimes congeneres, desde que se der certa generalidade á formula da restricção procurada, e virtualmente o caso está incluido na 3ª parte da conclusão.

Assim, por exemplo, se o codigo italiano considera o *regicidio* um *delicto contra os poderes do Estado*, a Justiça não o deixará de considerar como verdadeiro assassinato e assim figura elle em todos os tratados de extradição.

Quanto á primeira parte da conclusão, o conceito é vago e não satisfaz.

Conforme esse conceito, poder-se-hia justificar o asylo nos crimes mais estupendos, porque achar-se-hião em correlação necessaria com o crime politico, de meio para fim, e ao contrario, negar-se em delictos de menor gravidade, que não se achassem em tal correlação.

A admittir-se uma formula a que falte a necessaria lucidez para orientar bem a pratica, então seria preferivel dal-a de accordo com os principios da escola positiva.

O asylo não comprehende os crimes *mixtos* ou *complexos* praticados por criminosos *natos* ou *instinctivos*, isto é, *temiveis*, *perigosos*, aos quaes falta ou é escasso o *senso moral*.

A 3ª parte da emenda não offerece duvida, mas é dispensavel por isso mesmo e porque não está coordenada com outras regras acceitaveis.

Em conclusão, pensa que é preferivel para não tornar interminavel esta discussão confirmar pura e simplesmente a resolução tomada pelo Instituto de Direito Internacional em suas sessões de 6 a 10 de setembro de 1880 no Congresso de Oxford.

A' autoridade do sabio Congresso póde-se addicionar a de Bluntschli sobre a questão.

Eis a conclusão que me parece preferivel neste momento de tantas duvidas e incertezas:

Conclusão — O Congresso acceita e confirma sobre a questão o voto do Instituto de Direito Internacional no Congresso de Oxford em 6 a 10 de setembro de 1880. — Dr. *João Vieira*.» [1]

---

[1] Congresso Juridico Americano, no *Jornal cit.* n. 135, de 16 de maio de 1900.

Esta conclusão foi considerada prejudicada porque foi approvada outra que procurou conciliar aquella conclusão com a formula da lei suissa de 1892.

Eis a conclusão approvada :

« No tocante aos factos politicos, a extradição deve ser permittida, e, conseguintemente denegado o direito de asylo, ainda que o agente allegue motivo ou fim politico, se o acto em virtude do qual fôr pedida a extradição constituir principalmente um crime commum.

O Estado extraditor decidirá, em especie, sobre a natureza do acto delictuoso, baseando-se nas circumstancias que o constituirem e devendo, para apreciar a natureza dos factos commettidos em uma rebellião politica, insurreição ou guerra civil, indagar se elles são ou não justificados pelos usos da guerra. — Sala das sessões do Congresso Juridico Americano, 16 de maio de 1900. — *Lima Drummond*. — *Carvalho Mourão*.» [1]

Approvada esta conclusão apresentámos ao Congresso o seguinte :

« Declaração de voto — Votei contra a conclusão dos Srs. Lima Drummond e Carvalho Mourão, proposta para a questão IX de Direito Publico :

1° porque a redacção da conclusão altera os termos, desloca proposições inter-dependentes e mutila a disposição da lei suissa de 22 de janeiro de 1892, em que se fundou e cujo texto é facil verificar : Wolf, *Lois usuelles*, etc. (publicação official) Lausanne, 1898, 2° vol.; pag. 321.

2° porque a fórmula da citada disposição é tão inconciliavel com a da resolução do Congresso de Oxford de 1880, que, por isso mesmo, uma vez adoptada aquella disposição, nunca mais se lhe poderia additar uma outra regra da dita resolução e menos ainda fazer uma fusão de ambas.

Sobre a inconciliabilidade basta consultar em publicação, tambem official, o relatorio do Conselho Federal de 30 de maio de 1890, que serviu de exposição de motivos ao projecto convertido na citada lei, quasi sem alteração. — *Feuille Fédéral* Suisse, 1890, III, 216, 224: De Salis (trad. de Borel, Le *Droit Fédéral Suisse*, Berne, 1892 — 1893, 3° vol., pag. 408, n. 1181 — Congresso Juridico, 17 de maio de 1900.— Dr. *João Vieira*.» [2]

A disposição da lei suissa é esta :

« Art. 10. A extradição não será concedida por infracções politicas.

---

[1] Congresso Juridico Americano no *Jornal* n. 136, de 17 de maio de 1900.

[2] Congresso Juridico Americano no *Jornal cit.* n. 137, de 18 de maio de 1900.

« Ella será concedida, ainda mesmo que o culpado allegue um motivo ou um fim politico, si o facto pelo qual ella é pedida constituir principalmente um delicto commum.

« O Tribunal federal apreciará livremente, em cada caso particular, o caracter da infracção, conforme os factos da causa.

« Quando a extradição for concedida, o Conselho Federal o fará sob a condição que a pessoa cuja extradição é pedida não será nem processada nem punida por um crime politico nem mesmo por um motivo ou fim politico.»[1]

A resolução de 1880 em Oxford é a seguinte:

« XIV. O Estado requerido aprecia soberanamente, segundo as circumstancias, si o facto em razão do qual a extradição é reclamada tem ou não um caracter politico.

Nesta apreciação elle deve inspirar-se nas duas ideias seguintes:

a) Os factos que reunem todos os caracteres de crimes de direito commum (assassinatos, incendios, furtos) não devem ser exceptuados da extradição em razão sómente da intenção politica de seus autores;

b) Para apreciar os factos commettidos no curso de uma rebellião politica, d'uma insurreição, ou d'uma guerra civil, é mister indagar si elles seriam ou não excusados pelos usos da guerra.»[2]

Franz von Liszt acha importante a formula da lei suissa sobre a extradição e ao contrario duvidosa a do referido Instituto de 1892, em Genebra:

« Não se consideram crimes politicos os actos delictuosos que attentam, não simplesmente contra um Estado determinado ou uma determinada fórma de governo, mas contra as bases de qualquer ordem social.»[3]

Resta-nos emittir a nossa opinião sobre a questão de saber, si os Estados federados como os nossos podem recusar a extradição dos accusados de crimes politicos contra elles.

4. A questão realmente é de difficil solução.

« Nos Estados confederados e nos Estados federados, diz um autor russo, a extradicção *reciproca* dos criminosos *politicos* pelos membros da confederação ou da federação é admittida, attendendo que os adversarios da ordem politica existindo nos Estados separados são perigosos para a União inteira, vistos os laços intimos que unem o todo ás partes separadas.[4]

---

[1] P. Wolf, Lois Usuelles de la Confédération Suisse, Lausanne 1898, 2º vol., pag. 314.

[2] Stieglitz, L'extradition, Paris 1883, App. pag. 246.

[3] Franz von Liszt (trad. do Dr. José Hygino) Tratado de Direito Penal, Rio de Janeiro, 1899, 1º vol. pag. 174.

[4] Stieglitz, *Obr. cit.* pag. 93.

Entretanto, de parte a sua doutrina, que apreciaremos depois, um outro escriptor, allemão, exprime-se mais precisamente sobre um exemplo supposto typico.

As relações dos Estados allemães, diz Lammasch, foram, durante algum tempo, reguladas nesta materia pela lei de 21 de junho de 1869 (*Rechtshilfegesetz*), § 25; mais tarde, a promulgação d'um codigo penal e d'um codigo de *instrucção criminal* (não só do *penal* como pretende Stieglitz) *communs* a todos os Estados do imperio, tornaram applicaveis aos crimes, mesmo politicos, commettidos em toda a extensão da Allemanha, as regras geraes relativas aos crimes commettidos sobre o territorio nacional *(Inland)*, e a questão de saber si a extradição deve ser concedida em razão de infracções politicas desappareceu assim por si mesma.[1]

Vê-se daqui que em relação á doutrina não póde ser decisiva a razão que dá Stieglitz e que, quanto ao que diz Lammasch, a solução é determinada pela transformação radical, porque passou a confederação germanica unificando sob o novo Imperio o seu direito especialmente processual, differente para o nosso caso.

Paul Bernard num livro classico, tratando *dos delictos politicos entre Estados confederados* formula de modo mais geral em relação á doutrina a questão de saber, « se a excepção introduzida pelo direito convencional em favor dos accusados por crimes politicos é applicavel entre os diversos Estados, fazendo parte da mesma Confederação? »

Elle recorda que no direito antigo todos os Estados que dependiam da mesma suzerania, deviam a extradição ao suzerano.

Depois faz considerações para demonstrar que a solidariedade especial de interesses que ligam os differentes Estados, membros de uma Confederação não se equipara á solidariedade geral que tende a approximar as nações entre si, sem um laço daquella natureza, para concluir que si a ordem constitucional é compromettida, si a anarchia reina e ameaça dissolver um dos Estados, o poder da Confederação diminue.

Observa ainda o mesmo autor que haveria falta absoluta de assistencia reciproca entre os Estados si uns recusassem entregar os criminosos politicos de outros, podendo ser comparado o caso ao da recusa da entrega de um criminoso de Estado por uma provincia sujeita á soberania geral e commum de um reino qualquer.

Nota tambem que os Estados Unidos da America do Norte adoptaram essa theoria na sua Constituição e do mesmo

---

[1] Lammasch, Le Droit d'Extradition appliqué aux délits politiques. Paris, 1885. pag. 32.

modo que os autores citados e outros cita o exemplo outr'ora da Allemanha :

« Depois dos tratados de 1815, a dieta germanica de 1819 estabeleceu em Mayença uma commissão central tendo plenos poderes para requerer a extradição dos individuos indiciados em movimentos revolucionarios nos differentes Estados da Confederação Germanica. Em 1832 e em 1836 a Prussia *estipulou* com outros Estados allemães a entrega de seus refugiados politicos e uma decisão federal germanica de 10 de agosto de 1836 submetteu á mesma medida todo individuo presumido culpado de ter participado de uma manobra tendo por fim um attentado contra um dos soberanos allemães, ou contra a existencia, a integridade, a Constituição ou a segurança de um dos Estados confederados.» [1]

Pensamos que a solução das duvidas neste ponto é antes uma questão de exegése da nossa Constituição Federal, do que da applicação *á fortiori* d'uma theoria geral da extradição entre Estados confederados ao nosso direito.

Como dissemos e dêmos acima os motivos, a lei n. 39 de 30 de janeiro de 1892, que « regula a extradição de criminosos entre os Estados do Brasil », não cogitou do caso, mas defendendo o projecto nella convertido, de que tivemos a honra de ser autor, na camara dos deputados, ahi dissemos em discurso o quanto é bastante para nos servir agora de elemento de interpretação ; assim como annos antes o haviamos feito discutindo no Congresso Nacional Constituinte o projecto da Constituição actual em relação á especie.

A nossa Constituição Federal dispõe :

« Art. 34. Compete privativamente ao Congresso Nacional:

« 32. *Regular os casos de* EXTRADIÇÃO *entre os Estados*.

« Art. 66. E' defeso aos Estados :

« 4.º *Denegar a extradição* de criminosos, reclamados pelas justiças de outros Estados, ou do Districto Federal, *segundo as leis* da União, porque esta materia *se reger* (art. 34, n. 32)».

No Congresso Nacional Constituinte, em discurso sobre as materias criminaes contidas no projecto da Constituição Federal, diziamos nós :

« Outras emendas, que vou apresentar se referem á redacção do art. 33 n. 36 e art. 65 n. 4 e tratam do que o projecto denominou de *extradição*.

Penso que no art. 33 n. 36 se deve dizer : « regular o processo da requisição, prisão e entrega de criminosos

---

[1] Bernard, L'EXTRADITION, Paris, 1890, 2º vol., pag. 302.

entre os Estados » e no art. 65 n. 4 é mister declarar : « denegar a prisão e entrega de criminosos, etc...»

Do modo por que estão redigidas taes disposições no projecto de Constituição, parece que se trata do instituto juridico da *extradição*, propriamente dita, tomada esta palavra no sentido technico e politico que tem.

Ora, conforme o art. 65 do projecto, os Estados não podem celebrar entre si ajustes e convenções de caracter politico.

Mas a extradição é um acto de caracter essencialmente politico, só podendo ter logar por via diplomatica, e nós não teremos relações de natureza diplomatica entre os nossos differentes Estados. E' preciso, pois, alterar a redacção de taes disposições e neste sentido offereço as alludidas emendas.

Neste ponto, a constituição argentina, embora empregue a mesma palavra, não dá nenhum logar á duvidas no seu art. 8º quando diz : « a extradição dos criminosos é de obrigação reciproca entre todas as provincias.»

A Constituição americana do Norte, porém, não falla de extradição, dizendo simplesmente no art. 4 n. 2 que « todo individuo accusado em qualquer Estado de trahição, felonia ou outro crime, que escapar das mãos da justiça e fôr encontrado em outro Estado, será, á requisição da autoridade executiva do Estado donde se tiver evadido, preso e entregue ao Estado que tenha jurisdicção sobre o crime ».

A Constituição da Suissa é que declara no art. 67 que « legislação federal estatúe sobre a extradição dos accusados de um cantão para outro ; todavia a extradição *não* póde se tornar obrigatoria para os delictos *politicos e de imprensa* ».

Mas além de que os nossos delictos politicos são da alçada da justiça federal, accresce que os cantões suissos podem concluir tratados excepcionalmente (art. 9º da Const. Fed.) de caracter politico com Estados estrangeiros, o que não permitte o projecto em discussão.

Conseguintemente não podemos ter no caso extradição, no uso commum da linguagem juridica. [1]

Discutindo depois o projecto de lei de extradição, dissemos :

A emenda que na sessão constituinte eu offerecia no sentido de se eliminar da Constituição a palavra *extradição*, que despertava ideias capazes de fazer levantar na pratica muitas duvidas, não foi approvada.

---

[1] DISCURSO DO AUCTOR nos *Annaes do Congresso Nacional Constituinte*, 1891, 2º vol. app. pag. 62.

O Congresso Constituinte *manteve* a palavra *com* a disposição do projecto primitivo.[1]

8. Do exposto resulta que a nossa Constituição Federal neste ponto não teve como fonte a Argentina, e menos a Americana do Norte, mas a da Suissa.

Na Suissa ha tres leis federaes sobre a extradição intercantonal: a lei principal, de 24 de julho de 1852, modificada pelas de 24 de julho de 1867 e de 2 de fevereiro de 1872, sendo que estas duas ultimas não se referem ao ponto questionado.

A lei de 1852 está de accordo com a Constituição de 1874, art. 67 citado, porque esta apenas reproduziu a Constituição de 1848, art. 55.

A simples leitura da lei de 1852 leva-nos a pensar que a nossa lei de 1892 tem uma lacuna que urge preencher relativa aos crimes *politicos*, a que nem siquer allude pelos motivos que demos no Congresso Juridico e acima mencionamos.

Nota-se antes de tudo na lei de 1852, que, apezar da disposição constitucional de 1848, na execução da qual ella foi promulgada, logo no começo, em termos geraes, com relação aos criminosos extraditaveis, ella se exprime assim:

«Art. 1.º Os Cantões são reciprocamente obrigados a promover a prisão e a extradição dos individuos condemnados ou juridicamente processados por um dos crimes ou delictos mencionados no art. 2º.»

Já a nomenclatura feita no art. 2º exclue v. g. lesões corporaes leves, damnos pouco graves e outros, como é facil verificar.[2]

Diz ainda o citado art. 1º, 2ª parte:

« A extradição de jurisdiccionados (*ressortissants*) dum Cantão ou de individuos que ahi estão estabelecidos *póde todavia ser recusada si este Cantão se obriga* a fazel-os julgar e punir na conformidade das suas leis ou a fazel-os cumprir as penas já decretadas contra elles.»

Vê-se, pois, que apezar da disposição constitucional que só exceptua expressamente os delictos *politicos* e os de *imprensa*, a extradição nem abrange todos os crimes communs, e a respeito dos que abrange, póde ser recusada nas condições figuradas.

A lei repete a excepção expressa das duas Constituições de 1848 e 1874:

« Art. 3.º Não tem logar a extradição nos delictos *politicos* e nos de *imprensa* (art. 55 da Constituição Federal).

---

[1] *Discurso do autor* nos *Annaes* da Camara dos Deputados, em 7 de outubro de 1891; 4º vol., pag. 170 e seguintes.

[2] Wolf, Obr. cit., 2º vol. pag. 305.

Entre nós, pois, o subsidio que ministra esse direito, fonte do nosso, é para interpretal-o no sentido de reconhecer aos Estados o direito de recusar a extradição nos crimes politicos.

Na Suissa innumeros arestos citados por Blonay manteem aquella doutrina. [1]

E' verdade que Bernard lembra que vivas criticas tendo sido feitas a esse systema, a questão foi discutida numa reunião da sociedade dos juristas suissos, realisada em Berna a 27 e 28 de setembro de 1880, sob a presidencia de M. Koenig.

Nenhuma decisão foi tomada, mas a despeito da diversidade de vistas que se manifestaram, o sentido que parece destacar-se da discussão é favoravel á extradição.

Chegou-se a reconhecer que os motivos pelos quaes foi rejeitada a applicação desta instituição aos delictos politicos não podem ser invocados no direito suisso intercantonal, pela razão de que todos os cantões são interessados solidariamente na manutenção da ordem publica e legal de cada um delles e que conviria, em consequencia, dar ao *tribunal federal* o conhecimento dos *delictos politicos* commettidos na confederação, ao menos quando os accusados reclamem esta garantia.

Conforme Bernard, a autoridade judiciaria sómente deveria conhecer da extradição, tanto no Cantão requerido, como no requerente. Mas, por excepção, o recurso de cassação, de qualquer autoridade que emanasse a decisão atacada, deveria ser levado unicamente ante o tribunal federal. [2]

Tal doutrina, contraria ao direito suisso vigente, não se accommoda ao nosso, não só porque trata-se de delictos politicos contra os estados e não contra a União, como tambem porque á justiça daquelles e não á desta, compete conhecer de taes delictos.

« Tambem estes delictos politicos, propriamente ditos, são hoje subtrahidos á extradição não sómente na Suissa, mas em todos os Estados. O motivo desta exclusão reside na idéa que tem feito prevalecer um pouco por toda parte o principio da *não-intervenção* ». — Rel. cit. do Conselho Federal. [3]

Trata-se, é verdade, de um principio de direito internacional, mas applicavel á nossa federação, encarnado por assim dizer no nosso moderno direito publico, porque si os

---

[1] Blonay, REPERTOIRE DES ARRÊTS FÉDÉRAUX ET CANTONAUX, Lausanne, 1893, *Extradition Intercantonale*, pag. 261.
[2] Bernard, OBR. CIT. 2º vol. pag. 305.
[3] De Salis, LE DROIT FÉDÉRAL SUISSE, Berne 1892-94, 3º vol. pag. 409.

Estados não são soberanos, o contrario pensamos, são autonomicos e independentes, cada um de per si, em relação aos outros.

Em relação mesmo á União, a Constituição Federal é formal, quando, salvando as excepções a que depois alludiremos, diz :

« Art. 6.º O Governo Federal *não* poderá intervir em negocios *peculiares* aos Estados, salvo, etc.

A nossa lei n. 39, de 30 janeiro de 1892, sobre extradição *interestadoal*, si não veda, ou não faculta a recusa da extradição em taes crimes, tambem não a concede ou não a torna obrigatoria.

A jurisprudencia fornece elementos para a mesma solução.

Nos primeiros tempos do nosso regimen republicano, que foi um periodo de phases de agitação e revoltas, embora parciaes quanto ao territorio em que se moviam e muita vez sem relação com o governo da União, entendeu-se que todos os crimes politicos eram da competencia da justiça federal, embora dirigidas unicamente contra um Estado e isto talvez porque a Constituição Federal diz :

« Art. 60. Compete aos juizes ou tribunaes federaes processar e julgar:

i) os crimes politicos. »

Eis um aresto conforme á nossa opinião :

« *Habeas-corpus* n. 297. Conspiração no Estado de S. Paulo.

« A' justiça federal compete conhecer e julgar *sómente* os crimes politicos que affectam a existencia e segurança da União ; aos juizes e tribunaes dos Estados cabe o conhecimento dos *demais* crimes politicos.

« E' *illegal* o constrangimento ordenado pela autoridade federal, sendo os pacientes indiciados autores de um crime politico que, quando provado, perturbaria *apenas* o governo *autonomico* e a constituição *peculiar* de um *Estado*. — Intelligencia da Constituição Federal, art. 60, lettra *i*) ; Decr. n. 848 de 1890, art. 15 letra *i*) cod. penal, art. 115. *Sentença* de 20 de abril de 1892 do Supremo Tribunal Federal. No mesmo sentido dessa, referente á uma *conspiração* no Estado de *S. Paulo*, outra relativa ao mesmo caso, no do *Maranhão* : *O Direito*, vol. 65, pags. 65 e 313.

« Queixa dada contra Governador de Estado.

« A competencia privativa da justiça federal, estabelecida no art. 60, lettra *i*) da Constituição da Republica *restringe-se* implicita e explicitamente aos crimes politicos commettidos contra a *União ou* contra *sua intervenção constitucional* nos Estados.

« Intelligencia do art. 60, lettra *i*) da Constituição; art. 83 da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, e arts. 113

e 114, Liv. 2º, tit. 1º cap. 3º do cod. penal. *Sentença* do Supremo Tribunal Federal de 1 de maio de 1895 — *O Direito,* vol. 67, pag. 309.

O voto foi unanime.

Em contrario : *Accordão* da Relação de Nictheroy de 27 de dezembro de 1892.» [1]

O exemplo da Allemanha como confederação não serve ao nosso caso, porque é sabido que a partir de 1830 é que começou o desenvolvimento do principio da não extradição dos criminosos politicos e por isso não admira que, ora por tratados, ora por actos legislativos, os estados germanicos entregassem reciprocamente os seus criminosos em taes condições em 1819, 1832, 1836 até 1869 e 1870, em que se opera a unidade do direito penal, inclusive o processual.

E todos os principios sobre os quaes repousa o dogma inviolavel da não extradição dos criminosos politicos, consagrado pelo direito internacional moderno e pela quasi unanimidade dos publicistas, historiadores e jurisconsultos, na phrase de Bernard, applicam-se, diremos nós, ao menos á faculdade de recusar a extradição entre Estados federados ou confederados.

A nossa opinião não é absoluta, está subentendido, desde que exclúe os crimes que pódem affectar a União e aquelles que, parecendo pôr em causa sómente o Estado, offendem áquella. Alludimos aqui a casos excepcionaes em que a Constituição Federal permitte a intervenção, conforme o art. 6º :

« 1.º Para repellir invasão... de um Estado em outro ;

« 2.º Para manter a fórma republicana federativa ;

« 3.º Para restabelecer a ordem e a tranquillidade nos Estados, á requisição dos respectivos governos.»

São casos que visam directamente a segurança do Estado ou de um Estado, mas por contra golpe offendem a União.

Parece-nos que outra não póde ser a solução *jure constituto.*

Os Estados pódem recusar a extradição de pessoas culpadas de crimes politicos contra qualquer Estado.

6. Passemos agora á materia dos artigos do texto do codigo nesta secção.

Sob o ponto de vista anthropologico e sociologico se póde definir o crime politico com Lombroso e Laschi : « todo attentado violento contra o *misoneismo* politico, religioso, social, etc., da maioria contra o systema de governo que delle resulta e as pessoas que são seus representantes officiaes ».

---

[1] Oliveira Escorel, Cod. Pen. art. 115, not. 97.

Ou « toda lesão violenta do direito constituido pela maioria para manutenção e respeito da organisação politica, social ou economica por ella querida ». [1]

Esta definição constitue o conceito objectivo do direito lesado e dissipa duvidas suggeridas por Morin, Ortolan, Grippo e Mecacci, que pretendem ser crime politico todo crime tendo escopo politico: a pesquiza do escopo servirá para conhecer a natureza ou objecto do direito lesado, mas não basta para constituir o crime.

Podem haver crimes *communs*, cujo autor vise um escopo politico, v. g., o homicidio *sectario, anarchistico*, como o assassinato de Sadi-Carnot; mas, quando a ordem politica não é affectada, elle não passa de um crime commum; e a paixão politica que armou o braço do culpado servirá para medir a sua punibilidade, em confronto com crimes movidos por paixão mais ignobil, mas nunca para elevar aquelle a crime contra o Estado.

Ao inverso, um crime effectivamente *politico*, como é o da entrega de planos militares ao inimigo e semelhantes (art 87, § 3º), póde ter unicamente um escopo de lucro, mas o crime não deixa por isso de estar comprehendido entre os politicos, porque attinge o Estado, pondo em perigo a sua segurança, e a medida do perigo sendo maior, maiores devem ser as penas e as precauções preventivas.

Em alguns casos a linha divisoria entre uns e outros não é muito nitida e dahi a origem dos chamados crimes *mixtos* e a questão de saber si o crime *commum* deve prevalecer sobre o politico ou vice-versa.

Os citados autores lembram Haus que, ignorando ainda as conclusões da anthropologia criminal,. suggeria o justo conceito de considerar, nas insurreições, como crimes politicos os actos autorisados pelos *usos da guerra*, e como crimes communs, ao contrario, todos os attentados contra as pessoas e as propriedades, inspirados pelo odio, pela vingança, pela cubiça, em uma palavra, por impulsos criminosos. [2]

Um principio fundamental deve dominar este ponto.

O elemento intencional no caso é tudo, porque delle pelo estudo do criminoso deve derivar a sua *temibilidade* e á esta deve ser adaptado a pena.

O impulso será o guia seguro, unico para assignalar, conforme Brusa, as duas categorias de crimes mediante o estudo anthropologico do criminoso.

---

[1] Lombroso e Laschi, Il delitto politico e le revoluzioni, Torino, 1890, pags. 37 e 437.

[2] Haus, Principes generaux de Droit Pénal belge, Paris, 1879, 1º vol., pags. 261, m. 355 e 356.

E' perigoso appellar para os principios de liberdade, quando a politica é uma bandeira que cobre muita carga suspeita e impede punir com rigor e com formas communs muitos crimes abjectos.

Por outro lado, muitos desses crimes communs com roupagens politicas são commettidos por verdadeiros criminosos *natos*, os mais perigosos á segurança social e que se tornam muito mais neste caso, porque os seus feitos despertam menos repugnancia, tanto que encontram apoio nos seus companheiros no mal e a indulgencia dos honestos, impellidos muita vez por fanatismo partidario a ver um martyr em todo indiciado politico.

Si, ao contrario, o impulso para delinquir apparece isento de mescla criminosa, o crime commum não é mais do que um meio de attingir um escopo politico e o crime será caracterisado por este.

Outra questão:

Sempre por um mal entendido conceito de liberalismo, alguns escriptores inglezes e americanos pretendem que na definição do crime politico prevaleçam sómente as circumstancias em que elle é commettido; assim para Stuart Mill não é crime politico sinão — « a offensa politica commettida no curso de uma guerra civil, de insurreição ou de commoções politicas ».

Lombroso e Laschi combatem com razão essa opinião.

Em tempos *excepcionaes* não ha duvida que taes crimes são mais perigosos e dahi os rigores usados do *estado de sitio* e da *lei marcial*; mas não ha razão para declaral-os impunes ou deixar de sujeital-os a preceitos que os reprimam, sem exagerações, mas tambem sem fraquezas, tutelando os direitos da maioria politica.

Por isso os citados autores, concordando até certo ponto com Carelli na necessidade de reprimil-os mais severamente nos tempos anormaes, negam, entretanto, que elles tenham um caracter de excepcionalidade; mas, como elles teem do mesmo modo que os communs o caracter de lesão aos direitos do cidadão, por isso as circumstancias externas que os acompanham podem servir sómente para medir a respectiva responsabilidade. [1]

O direito lesado deve ser, pois, o criterio dominante na definição do crime politico: elle caracterisa as violações dirigidas contra o patrimonio politico dos cidadãos, nas quaes, porém, para constituir o crime, devem concorrer os dous elementos: — do *modo* como essas violações se mani-

[1] Carelli, I REATI POLITICI, nos *Appunti al nuovo codice*, XII, pag. 312, Torino, 1889, 2ª edição.

festam e com o damno que dellas deriva — e da *intenção* do culpado, manifestada com actos executivos externos.

A base da imputabilidade do crime politico é o direito da maioria dos cidadãos á manutenção da organisação politica por elles querida — o crime que consiste exactamente na lesão deste direito.

Neste ponto os autores citados se afastam de Garofalo quando opina que ha um delicto politico *natural* que lesa o sentimento de *piedade* quando tenha por objecto a vida do soberano ou dos funccionarios do Estado; e *convencional*, que viola só o sentimento do patriotismo, como quando se revolta, v. g., contra a segurança do Estado. [1]

Os elementos constitutivos do crime politico são a voluntariedade e a violencia, ou a fraude.

A intenção é indispensavel, porque uma acção externa executiva, sem intenção de atacar a organisação politica, perderia o caracter de criminalidade politica para entrar nas lesões ordinarias.

Por outro lado, a acção deve ser violenta, ou fraudulenta, porque não são criminosas as manifestações que se manteem no terreno especulativo e se limitam á propaganda das ideias, embora com escopo de combater a organisação politica existente.

Isto é obra e missão dos partidos, mesmo dos philosophos, e os cidadãos que em taes discussões se empenham podem dizer *nostra res agitur*.

E' o direito excepcional de resistencia, a resistencia legal, na phrase do publicista italiano Orlando, dentro da respectiva constituição, muito differente daquillo que Tissot resume neste conceito : todo acto de natureza tal a perturbar a ordem, a crear um estado de soffrimento e fraqueza é, nada mais nada menos juridicamente, um acto culpavel.

7. O objecto do crime politico é a organisação politica querida da maioria.

Toda organisação politica comprehende um territorio, em cujos limites deve desenvolver-se, uma fórma de governo e pessoas que a encarnem e actuem.

D'ahi uma dupla classe de crimes que podem atacar a organisação politica.

A primeira comprehende todos aquelles actos violentos ou fraudulentos que visam attingir a *integridade* do Estado, diminuindo ou alterando os seus limites, rendel-o á discrição de um Estado inimigo, expôl-o a guerras que possam comprometter a sua *independencia* ou simples *segurança* e que constituem os chamados *crimes contra a patria*.

---

[1] Garofalo, CRIMINOLOGIA, Torino, 1885, pag. 18.

A segunda classe comprehende as offensas á organisação politica existente, isto é, os actos violentos contra a *fórma de governo*, ou que tendam a impedir o exercicio dos direitos e deveres que incumbem aos varios poderes do Estado ou que sejam dirigidos contra as pessoas á frente do governo, e cuja suppressão ou simples lesão envolvam tal damno material ou moral para o Estado, de se fazer necessario garantir o respeito dellas sob a especial imputação de crime *politico*, como, por exemplo, no codigo italiano; e estes todos são os chamados *crimes contra os poderes do Estado.*

Além disto, ha hoje entre os Estados civilisados taes relações que os obrigam a exercer reciprocamente uma tutela ao menos sobre a integridade physica dos soberanos ou chefes de governo que se achem sobre o territorio de um outro Estado.

E, finalmente, ha crimes politicos *indirectos* que visam impedir aos cidadãos o exercicio da soberania popular, onde esta constitue a base do Estado, e são os crimes chamados *eleitoraes.*

Certas condições especiaes podem aggravar estes crimes: quando para conseguir um dos escopos indicados haja o concurso de duas ou mais vontades *(conspiração)* ou quando o attentado ao patrimonio politico dos cidadãos se faça por muitos e em armas, v. g. a *insurreição ou rebellião* e a *revolta.* [1]

O codigo occupa-se, nos arts. 87 a 117 e 165 a 178, dos crimes *politicos*, inclusive os factos *eleitoraes* puniveis, podendo-se ainda incluir ahi o art. 126, que é uma disposição commum aos crimes politicos propriamente ditos.

Tendo a Constituição, art. 60, lettra *i*, attribuido aos juizes e tribunaes federaes processar e julgar *os crimes politicos*, nenhum conceito destes resalta de disposição alguma daquella.

A sessão constituinte do Congresso não é fonte que esclareça as duvidas neste ponto.

Parece que muito pouco se disse, mesmo assim indirectamente sobre o assumpto.

Na sessão de 5 de janeiro de 1891, o Sr. senador José Hygino, mais tarde ministro da justiça, proferiu estas palavras:

« Desde que haja uma justiça federal, os funccionarios e empregados da União, que commetterem crimes de responsabilidade, não podem ser processados e julgados sinão pelo juiz federal.»

---

[1] Carelli, obra citada, pag. 318.

Na sessão de 23 de fevereiro, o Sr. deputado Leovigildo Filgueiras dizia:

« Com relação ao direito criminal, tambem assignaram emendas e por ellas votaram para que fossem leis federaes as relativas aos crimes politicos, aos de falsificação de moeda e dos titulos publicos da União, aos communs commettidos no alto mar, aos attentados aos direitos das gentes e á pirataria.»

Effectivamente na sessão de 26 de janeiro, os Srs. deputados Adolpho Gordo e outros de S. Paulo aprezentaram uma emenda definindo por extensa nomenclatura os crimes politicos.

Mas, esta emenda foi regeitada na sessão de 9 de fevereiro, assim como o foram todas sobre este ponto.

Aos annaes da Constituinte de 1890-1891 se reporta este parecer. [1]

Ficaram sem definição as expressões *crimes politicos*.

Entretanto, o decreto do Governo Provisorio, n. 848, de 11 de outubro de 1890, que—organisa a justiça federal, no art. 15, lettra *i*, diz:

« Os crimes politicos classificados pelo Codigo Penal no livro 2º, titulo 1º, e seus capitulos e titulo 2º capitulo 1º.»

Si na existencia desta disposição o seu conceito prevaleceu no Congresso confirmando o dos autores do projecto da Constituição, que foram os mesmos do citado decreto, é o que parece razoavel.

Não se contesta como erroneos os conceitos contidos nas emendas alludidas, salvo sua maior ou menor extensão, e nem a opinião dos citados oradores e outros, quasi todos ou todos juristas.

Releva notar que o mesmo conceito figura no art. 15 n. 9 do regimento interno do Supremo Tribunal Federal, reproduzindo o citado decreto.

A noção do crime politico em contraposição a crime commum, muito obscura no direito francez, não póde servir ao nosso caso, porque é antiquada e a disparidade da forma unitaria e federativa a torna inapplicavel, não podendo os seus interpretes nos trazer luz alguma. [2]

Isto posto, o projecto de 1893 compilou o titulo I sob a rubrica — crimes politicos — para agrupar as especies contidas nos titulos citados do Codigo Penal vigente, remodelando algumas formas e additando-lhes as especies semelhantes.

---

[1] CONGRESSO NACIONAL CONSTITUINTE: *Annaes* 1891, vol. II, pags. 65 e 479. vol. 3º pags. 85 e 260.

[2] Garraud, DROIT PENAL FRANÇAIS, Paris 1888-89, vol. 2º pag. 488.

Outros crimes, não politicos, da competencia da justiça federal, existem, mas nem o projecto para aggrupal-os todos poderia destruir a propria classificação scientifica, nem a lei substantiva póde conter disposições apontando crimes da competencia de justiças differentes, quando se elabora um codigo unitario para a federal e a estadoal, desde que o direito criminal é unitario. [1].

A lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, no art. 20 ennumerando os crimes de julgamento do jury federal, sem qualificar taes crimes de *politicos*, refere-se, no n. I daquelle artigo, ás citadas disposições do cod. penal.

A lei até destacou para as disposições dos ns. IX e XII, final do art. 20, os factos *eleitoraes* que, como vimos, são crimes *politicos !*

Assim essa lei ainda diz menos para a solução da questão e referindo-se a outros crimes, não quer dizer que estes tambem sejam *politicos*, porque a justiça federal não julga só os crimes *politicos*.

Nos projectos de 1893 e 1897 do cod. penal, os crimes *eleitoraes* ficaram neste titulo como vão adeante no cap. II.

Em uma causa celebre, o nosso Supremo Tribunal Federal deu um conceito do crime *politico* da competencia da justiça *federal* e julgou que entre nós o *regicidio per se* não è crime *politico*. Eis o resumo do Accórdão:

«1º *Só* são crimes *politicos* de competencia dos juizes e tribunaes *federaes* (art. 60 *i)* da Constituição Federal e art. 15 *i)* do decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890) *os que se acham previstos* nos arts. 87 a 123 do cod. penal, e arts. 47 a 55 da lei n. 35 de 26 de janeiro de 1892.

«2.º *Não* é delicto de natureza *politica* o attentado contra a pessoa do Presidente da Republica *em occasião diversa daquella* em que se achasse exercendo. *qualquer* das suas attribuições constitucionaes, taxativamente declaradas no art. 48 e paragraphos da Constituição Federal.

«3.º Embora seja politico o *movel* desse attentado, *não* é este um crime politico, pois o movel *só* qualifica o delicto *quando* constitue o *dolo especifico* de sua respectiva *definição* legal.»

Accórdão do Supremo Tribunal Federal, de 16 de fevereiro de 1898. [2]

A decisão no caso occurrente foi juridica; mas não concordamos *in totum* com certos principios emittidos no Accórdão.

Em primeiro logar, os crimes previstos nos arts. 118 a 123 (ajuntamento illicito e sedição) não são *politicos*, nem

---

[1] Exposição de motivos do projecto de 1893, pag. 10.
[2] Revista de Jurisprudencia, Rio de Janeiro, 2º vol., An. II, 1898, pag. 275.

em face dos principios geraes do direito, nem do decr. n. 848, de 1890, embora a lei n. 221, de 1894, art. 20 n. II, considere da competencia do jury federal a *sedição*.

Em segundo logar, ainda mesmo no momento de exercitar as suas attribuições constitucionaes, o crime *contra a pessoa* do Presidente da Republica, isto é, contra a sua vida ou integridade physica, e psychica não é crime *politico*. Já pelo cod. anterior o *regicidio* não era crime politico.

O terceiro principio póde ser acceito nos devidos termos, desde que se attender á doutrina que acima expuzemos (ns. 3 e 6.)

Si na especie da causa se tivesse julgado que a tentativa de assassinato do Presidente da Republica era um crime connexo com o de conspiração ou com outro qualquer *politico* como o do art. 111 do cod. penal, não se daria a hypothese que figura o Accórdão, porque o crime commum de tentativa de assassinato só devia e podia ser punido com as penas do homicidio, *qualificado* previsto no art. 294, § 1º combinado com o art. 63.

Antes de concluir este ponto, convém notar que o novo codigo eliminou o crime de *rebellião*, que não figura absolutamente no seu quadro.

Figura agora nos projectos posteriores com aquelle nome do codigo de 1830 e o seu synonimo — insurreição — como é conhecido em muitos codigos, tendo desapparecido a outra fórma de criminalidade a que o ultimo vocabulo era applicado, isto é, a insurreição de escravos. [1]

No projecto approvado pela Camara e pendente de discussão no Senado, a nova redacção pouco alterou as figuras deste titulo do projecto de 1893; o mesmo não aconteceu com as penalidades.

O substitutivo de 1897 restabeleceu o projecto, e notamos antes de tudo, que a nova redacção voltou a formulas equivocas do Codigo de 1830, para conceituar certos crimes politicos, sem attender ás duvidas levantadas por autores nossos. [2]

A alteração feita na 3ª secção, cap. I deste titulo, apezar de justificada, não tem razão de ser, porque a idéa do dispositivo do primeiro artigo está comprehendida no ultimo, reproduzido do projecto; entretanto, supprimiu-se uma das figuras da mesma secção, agora restabelecida.

Os conceitos da *rebellião* e da *conspiração*, que parecem ser os dos arts. 117 e 125, são inacceitaveis por deficientes.

---

[1] Exposição de motivos de 1893, pag. 10.

[2] Thomaz Alves, Annotações ao codigo criminal 2º vol. pag. 39; Carlos Perdigão, Manual do codigo penal, 1º vol. pag. 323.

O substitutivo de 1897 preferiu para a compilação o projecto primitivo tambem, porque este consagrou duas especies de pena de prisão: a prisão propriamente dita e a detenção. [1]

E' defeituosissima a distribuição desta materia no codigo penal que não guardou methodo algum na classificação, nem systema na coordenação das disposições em relação ás epigraphes respectivas.

Assim, pelo proprio texto, vê-se que a materia deste titulo não corresponde aos artigos do codigo penal, porque este não tratou seguidamente da mesma materia.

Ao passo que o titulo I deste livro II do codigo comprehende os crimes *politicos*, a *conspiração* se acha no titulo II que não trata de crimes *politicos* propriamente ditos, mas dos crimes chamados «contra a ordem publica» e que serão, como muitos outros, se quizerem crimes politicos *improprios*, na phrase de Puglia.

Os crimes *eleitoraes*, que são pelo menos uma *sub-classe* dos politicos, foram destacados para o titulo IV, formando o seu capitulo I e comprehendidos entre crimes *não* politicos como são os crimes «contra o livre exercicio dos direitos individuaes» em geral, ou «crimes contra a liberdade pessoal» como outros os denominam.

No projecto de 1893, arts. 111 a 164, taes crimes figuram todos no titulo I da Parte Especial, e assim no projecto de 1897 art. 149, ao que já nos referimos.

Isto pelo que toca á ordem da collocação das disposições.

Quanto á sua distribuição pelas differentes divisões dos Titulos e Capitulos, ella é má no codigo, especialmente comparando-a com as dos citados projectos.

Assim, no titulo I, si o capitulo 1º abrange os crimes contra a patria, comprehende ao mesmo tempo os crimes contra os estados estrangeiros e seus representantes que constituem pelo menos uma subdivisão do assumpto.

Nos projectos, elles formam uma secção separada.

Entretanto, ao contrario, não havia necessidade de fazer separação entre crimes contra a constituição e os poderes politicos. Nos projectos elles estão reunidos em uma só secção.

A *conspiração* figura em um capitulo especial, quando o objecto desse instituto e de outros constituem materia de disposição commum a varios crimes politicos e assim figura nos projectos de 1893 e 1897.

No ultimo projecto, porém, a *conspiração* parece prevista no art. 125 ou não existe; a mesma nota quanto á *rebellião*, que parece ser a figura do art. 117. São typos classicos que

---

[1] Exposição de motivos do projecto de 1897, pag. 8.

o projecto não reproduz, supprimindo o *nomen juris* que podia guiar o interprete!

8. Os crimes de que nos occupamos podem revestir differentes fórmas que entretanto se podem reduzir com Pessina a tres figuras fundamentaes: a *traição*, crime de *lesa nação* ou *contra a patria* — e as aggressões *contra a Constituição* ou os *poderes politicos do Estado*, ou a duas na phrase de Garraud, crimes de *leso-governo* ou de *lesa-nação*. [1]

Carelli critica a impropriedade dos termos «crimes contra a patria», porque taes crimes podem tambem ser commettidos por estrangeiros.

Nosso cod. penal neste ponto, como em muitos outros, é lacunoso e por isso sobre as suas respectivas disposições exclusivamente não póde assentar uma theoria completa do assumpto.

Majno, porém, observa que as expressões «crimes contra a patria» tomadas no sentido objectivo, como são no codigo ital. são exactas. [2]

O nosso cod. no cap. I do Tit. I do 2º livro é que inclue taes crimes.

Elles constituem o grupo mais importante dos crimes politicos, porque o seu objectivo é a existencia juridica ou antes natural do Estado: cod. art. 87 e § 1º.

A redacção é má e foi substituida nos Projectos de 1893, art. 111 e de 1897, art. 114.

A mesma figura está no art. 90 do Projecto de 1896.

A penalidade aqui, como a do cod., art. 87, é irrisoria em relação á de outros crimes.

Defendendo aquelle primeiro projecto disse: allude-se ao rigor da penalidade que se reconhece inspirada no cod. de 1830, mas se desconhece que elle é classico nas leis dos povos cultos, quando se trata de crimes gravissimos contra a fórma de governo no interior ou a patria no exterior. [3]

O codigo e o projecto de 1896 consagram as formulas viciosas do cod. anterior a que já nos referimos e que cautelosamente evitaram os outros projectos de 1893 e 1897, seguindo o exemplo do cod. italiano, como notam Carrara e outros. [4]

---

[1] Pessina, DIRITTO PENALE, Napoli, 1882-85, 3º vol. pag. 4; GARRAUD, DROIT PÉNAL FRANÇAIS, Paris, 1888-96, 2º vol pag. 507; Pessina, MANUALE DEL DIRITTO PENALE, Milano, 1893-96, Part. 2ª pag 89.

[2] Majno, COMMENTO AL CODICE PENALE, Verona, 1890-99, 1º vol. art. 104.

[3] O PROJECTO DO COD. PENAL *e a Faculdade de S. Paulo*, Recife 1895, pag. 49.

[4] Carrara, COMMENTO AL CODICE PENALE, Roma, 1889, art. 104 pag. 74.

Com a definição do cod. italiano que seguimos, si os actos preparatorios não podem ser punidos, entretanto basta qualquer acto executivo para caracterisar o crime, sem necessidade de exigir que elle tenha chegado á phase da tentativa ou do crime frustrado.

Tratando dos crimes de *lesa-nação,* diz Pessina, que a personalidade da nação póde ser objecto de lesão ou offensas por quatro modos : Estes são, attentar contra a vida do Estado, tomar armas contra a propria nação, machinar contra o Estado nacional em vantagem de seus inimigos externos e todo e qualquer facto que indirectamente offenda a personalidade do Estado nacional, sem ser *alta traição.*

Quanto ao primeiro crime, é evidente que ha alguns direitos do Estado essenciaes á sua subsistencia como personalidade no convivio das nações. A unidade nacional, indivisivel e aberrante de qualquer scisão, desmembramento ou separatismo, a integridade inviolavel do territorio como esphera de actividade superior do espirito da nação e a autonomia ou independencia são a vida mesma do Estado. A lei pois fallando de facto dirigido contra algum destes direitos supremos entende, não apenas aquelle operar que se resolve numa pura aspiração, embora perversa, para lesal-os, mas sim uma acção criminosa que possa ser fatal á existencia do Estado, uma acção que se dirigindo a alguns daquelles fins contradictorios do Direito do Estado, seja apta para attingil-o, si bem que não se chegue de facto a conseguir a scelerada meta do maleficio. [1]

E' sabido que a differença entre crimes contra a segurança *interna* e contra a segurança *externa* do Estado é classica.

Entre os que costumamos chamar *publicos,* diz Pacheco, porque não ferem perfeitamente tal ou qual pessoa, mas a sociedade mesma em seus interesses geraes ainda que em segundo logar possam sem duvida recahir sobre aquellas, encontramos á frente de quantos se possa condemnar e prevêr os que atacam a segurança *exterior* do Estado, ameaçando, compromettendo, dirigindo-se a vulnerar e acabar com a sua existencia. Evidentemente não ha nenhum como estes contra a ordem publica; evidentemente devem ser collocados á cabeça de todos, como os mais repugnantes em si mesmos, como os mais perniciosos em seus effeitos.

Máo é sem duvida attentar interiormente contra a fórma do proprio Estado. Mao é attentar contra a sua Constituição. Máo é dirigir-se contra a pessoa collocada no solio que per-

---

[1] Pessina, Il nuovo codice penale, Milano, 1890, art. 104, pag. 139; Manuale cit. Part. 2ª pag. 94.

sonifica sua unidade e seus interesses geraes. Graves e severos castigos se devem edictar contra os que se levantam contra taes objectos.

Mas, sem embargo, ainda nesses factos mesmos póde não faltar o amor e o reconhecimento da patria e obrar-se em razão antes de um extravio do que por uma perversidade imperdoavel. Mais alto que o rei, a constituição, todas as fórmas de governo social, está a patria mesma; e não quer dizer que se peque de intenção contra ella, quando são aquelles sós os termos da acção criminosa.

Mas o que delinque contra a segurança exterior do Estado, destróe a existencia da patria mesma; e lacera não os accidentes, sim a essencia, o seio da sociedade que o viu nascer. Attentando contra sua independencia é um parricidio publico que commette, para o que difficilmente encontrará, não diremos, justificação, ou attenuação, mas uma explicação qualquer que salve seu proposito ou sua honra. [1]

Carelli a seu turno, demonstra que os crimes contra os poderes do Estado têm um caracter temporario, accidental, dependente das condições do paiz, das suas convicções politicas, do seu estado intellectual e economico.

Nos crimes contra a Patria não se trata da pesquiza do movel sempre máo; nos outros, desde que o seu fundamento não é a simples razão de Estado, a indagação do movel determinará o gráo da repressão, conforme se tratar da paixão politica ou do escopo de lucro e do baixo interesse.

Depois taes crimes politicos por paixão são sempre praticados por jovens. [2]

E' esta a explicação do art. 87 § 1º do codigo, embora a formula seja imperfeita para exprimir as tres configurações previstas, isto é, de sujeitar no todo ou em parte o territorio nacional ao dominio estrangeiro, abater a independencia da União ou dissolvel-a.

A figura do § 1º, entretanto, além de servir de formula explicativa que nada explica, parece ao mesmo tempo ser uma outra formula diversa mais attenuada do mesmo crime, ahi enxertada para obscurecer a disposição com a ideia duma das especies do mesmo crime por meio de omissão ou inacção.

A disposição é deficiente, porque não allude ao systema federativo, sob o aspecto da União e dos Estados.

E' a razão da redacção differente dos projectos posteriores.

E a questão tem sua importancia de modo geral, porque é o nosso regimen politico, e póde originar duvidas na pratica.

---

[1] Pacheco, El Código Penal, concordado y commentado, Madrid, 1888, 2º vol. pag. 56. Viada y Vilaseca, Código Penal reformado etc. Madrid, 1890, vol. 2º pag. 5.

[2] Carelli, Obr. cit. pag. 320.

Assim é que Borciani sobre disposição parallela do cod. ital., fonte aliás do nosso, resolve affirmativamente a questão de saber si a mesma disposição comprehende o caso de tentar converter a Italia de estado *unitario* que é em *federativo*. [1]

Nós pensamos do mesmo modo, que, inversamente, commette o crime previsto quem tentar converter a nossa Republica *federativa* em Estado *unitario*.

O codigo aqui ainda tem uma lacuna preenchida nos projectos posteriores, que não parificam ao crime do mesmo art. 87, crime identico praticado em relação aos Estados da União entre si.

Outro crime realmente grave deste grupo é o facto do nacional tomar armas contra o Estado e semelhantes: arts. 87 § 2º, 89 e 103.

Estes artigos se relacionam com as seguintes disposições da Const. Fed. quando diz:

« Art. 71. Os direitos de cidadão brasileiro:

« § 2.º *Perdem-se :*

a) por *naturalisação* em paiz estrangeiro;

b) por *aceitação* de emprego ou pensão de governo *estrangeiro, sem licença* do Poder Executivo Federal.»

Art. 72:

« § 28. Por motivo de crença ou de funcção religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderá ser privado de seus direitos civis e politicos, *nem eximir-se* do cumprimento de qualquer dever civico.

« 29. *Os que allegarem* motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer onus que as leis da Republica imponham aos cidadãos, *e os que acceitarem* condecorações ou titulos nobiliarchicos estrangeiros *perderão todos os direitos politicos*.»

Nesta materia, a opinião de Pessina é preferivel á de Zanardelli que parece ter prevalecido no cod. ital. [2]

Carelli opina que o crime é constituido pela violação do amor da patria; distinguindo a *cidadania* da *nacionalidade*, aquella podendo ser renunciada e esta não.

Aquella importando a perda de direitos politicos ou mesmo civis e a sujeição á protecção dum governo dado; e esta os vinculos materiaes do territorio e os moraes da raça, isto é, os caracteres physicos e moraes.

Faz uma excepção quando é impossivel ou mesmo difficil ao individuo subtrahir-se aos deveres para com a sua nova

---

[1] Borciani, em Cogliolo, COMPLETO TRATTATO DI DIRITTO PENALE, Milano 1888, vol. 2º. Part. I, pag. 62.

[2] Pessina, OBR. e vol. cit. pag. 25.

patria — a lei póde punir a falta de sentimento, mas não a falta de virtude ou de heroismo. [1]

Viada y Vilaseca opina com Pessina. [2]

Sobre o cod. ital. art. 105, disposição paralicla as do nosso, este nota que a lei admittiu uma distincção fundada nas exigencias da justiça.

Não se póde confundir aquelle que tem perdido a cidadania por ter entrado no serviço militar dum Estado estrangeiro com aquelle que a tem perdido por qualquer outra causa. No 1º caso, a pena é a mesma que tem logar para qualquer outro nacional que antes de perder a cidadania tome armas contra o proprio estado de origem. Mas, no 2º caso, o nacional que tem perdido a cidadania por qualquer outra causa diversa da de entrar no serviço militar duma potencia estrangeira, sem permissão do proprio Governo, é punido com pena menor. [3]

Os projectos posteriores ao nosso cod. adoptam uma formula simples neste ponto.

O cod. nos arts. 89 e 103 emprega a palavra — cidadão — a exemplo do italiano.

Mas no art 87 § 2º, parece não referir-se ao cidadão sómente, mas tambem aos estrangeiros.

Em todo caso a doutrina dos autores italianos póde servir á interpretação da nossa lei; menos quanto á attenuantes que o nosso cod. não prevê como o italiano, distinguindo este os motivos de perda da cidadania.

Interpretando taes disposições, observa bem Carrara que ellas comprehendem o caso de entrar no serviço estrangeiro, sem ser para logo combater effectivamente, v. g. ser utilizado num serviço de guarnição.

Tambem o art. 89 só se refere ao tempo de guerra.

E' a solução do direito italiano fonte do nosso. [4]

9. Passemos a outros artigos do cod. As *machinações* em damno, quer do proprio Estado, quer tambem de um Estado estrangeiro, quando este esteja alliado ao nosso, tenham logar *para* a guerra ou *em tempo* de guerra, é um outro grupo de crimes do mesmo genero, abrangendo diversas figuras.

A 1ª é a collusão ou o *conluio* com o *estrangeiro* que se desdobra em outras hypotheses mal esboçadas nos arts. 87 § 2º, 88 e 90 do nosso cod.

A 2ª é a *revelação de segredos de Estado*, que o cod. prevê no art. 87 § 3º e 96, que os projectos posteriores cara-

---

[1] Carelli, OBR. CIT. pags. 334 e 341.
[2] Viada y Vilaseca, CODIGO PENAL, CONCORDADO Y COMENTADO. Madrid, 1890. vol 2º pag. 6.
[3] Pessina, MANUALE CIT. pag. 95. 2ª part.
[4] Carrara, COMMENTO ETC. CIT. art. 105, pag. 75.

cterisam com as varias modalidades, graduando as penas, o que não fez o cod., e distinguindo o tempo de paz do tempo de guerra, lacunas que suppriram os projectos, seguindo o exemplo da França com a lei de 18 de abril de 1886, da Allemanha (cod. § 92), da Austria (§ 67), da Hollanda (§§ 98 e 102) e a Italia, que punem *a espionagem* independentemente do tempo de guerra.

São elementos deste crime : 1º, que deve ser communicado o segredo á pessoa que não estava legitimamente autorisada a obter o conhecimento delle; 2º, é mister que se trate de segredo; 3º, que este segredo, de natureza civil ou militar, deve ser tal que respeite á segurança do Estado ; 4º, e por ultimo, que o crime se verifique por meio de communicação ou publicação de documentos, ou factos, desenhos, plantas ou outras informações concernentes ao material, ás fortificações ou ás operações militares, ou com qualquer outro meio de auxiliar o conhecimento. [1]

A 3ª é a *espionagem* ou *a exploração illicita,* muito mal e deficientemente caracterisada no art. 87 § 4º do cod. e cuja figura restrictissima ainda se desdobra com muitas palavras e poucas ideias nos arts. 91 a 93.

Nos projectos posteriores a *espionagem* está bem formulada, em geral, nos artigos correspondentes.

A espionagem póde ser verdadeira ou propria e presumida.

A primeira consiste no facto de introduzir-se o individuo em certos logares, cujo accesso é vedado por exigencias dos meios de defesa para segurança do Estado.

A segunda caracterisa-se por factos positivos, como *v. g.* levantar plantas, photographar logares e cousas, etc... [2]

O cod. nem comprehende as modalidades da espionagem, não se podendo tambem discernir si se refere a uma e á outra no § 4º do art. 87 e ainda nas hypotheses dos arts. 91 a 93, que parecem constituir o caso de auxilios diversos ao inimigo.

A 4ª fórma do crime é a *infidelidade do mandatario,* trahindo os interesses nacionaes legitimos nas negociações diplomaticas, que é a figura do art. 101 do cod. cuja materia neste ponto é muito delicada. Os elementos constitutivos do crime, são : que se torne culpado delle quem tenha sido encarregado pelo Governo de tratar com um governo estrangeiro negocios de Estado; que haja o animo de trahir o proprio mandato, o que é muito diverso de haver-se com pouca habilidade em exequil-o, e que a traição se verifique de sorte a poder prejudicar o interesse publico.

---

[1] Pessina, Manuale cit. pg. 96.
[2] Majno, Obr. cit., 1.º vol. art. 110.

A redacção do texto, como quasi sempre, não prima, nem pela clareza, nem pela precisão. Os projectos corrigiram o cod.

A 5ª fórma do crime é, em uma palavra, *todo auxilio ao inimigo,* que o cod. prevê ainda no art. 87 § 2º e nos arts. 91 a 95, algumas de cujas disposições ou são meras contravenções, ou mais proprias de um codigo militar e nas quaes ora se distingue, ora não, o tempo de paz do de guerra. Os projectos eliminaram algumas e mantiveram outras com fórmas mais racionaes.

Entretanto, rigorosamente taes comminações subentendem o estado de guerra e por isso os seus elementos são: este estado, que se trate de fornecimento de meios de auxilio que possam favorecer o inimigo, sendo indifferente que o facto seja commettido por nacional ou estrangeiro e que o auxilio seja directo ou indirecto.

Ha outras especies de crimes diversas daquella da *traição á patria* ou ao *Estado nacional* e o cod. as prevê incompleta, diffusa e obscuramente nos arts. 88, 90, 97, 100 e 102.

As disposições correspondentes nos projectos as melhoraram.

Conforme o cod. italiano, fonte do nosso, e principal dos projectos, as alludidas figuras consistem:

1.º Em expôr o Estado, nas hostilidades contra uma nação diversa da propria, ao perigo da guerra ou a represalias ou a perturbar as relações amigaveis do Governo nacional com um governo estrangeiro, e o que se póde reduzir a tres hypotheses: *a*) expôr o Estado, com arrolamentos ou outros actos hostis, não approvados pelo Governo, sejam praticados no paiz ou no estrangeiro ao perigo de uma guerra (cod., arts. 88 e 97); *b*) expôr o Estado ou os habitantes delle com actos não approvados pelo Governo, ao perigo de represalias (cod., arts 90 e 102); *c*) perturbar com estes actos as relações amigaveis do Governo do paiz com os estrangeiros.

Outra figura é o ultrage á bandeira ou emblema nacional (cod., art. 100), e cujos elementos são, o animo de insultar o Estado; o facto material de arrancar, estragar ou desacatar a bandeira ou emblema; a publicidade do facto, isto é, em logar publico ou aberto ao publico. [1]

O cod. neste capitulo esqueceu-se de uma figura, estabelecida no projecto de 1893 e reproduzida nos posteriores, e conforme a qual é punido o cidadão que aceitar honras, pensões ou quaesquer vantagens de um Estado estrangeiro em guerra com o Brazil.

---

[1] Pessina, MANUALE CIT., Parte 2ª, pg. 98.

E' tanto mais indesculpavel a lacuna, quanto a Const. Fed. arts. 71 § 2º e 72 § 29 commina a perda já da cidadania, já dos direitos politicos em casos muito menos graves.

10. O codigo, arts. 104 a 106, no fim deste capitulo, trata da *pirataria*.

Os projectos de 1893 e 1897 mantiveram-na tambem neste logar.

Censurado por isto aquelle projecto, dissemos :

Nenhuma dependencia necessaria tem a *piratarìa* com os crimes *politicos* no sentido restricto e aqui equivoco, em que o empregou o illustre censor, confiando assim nas armas que maneja.

A *Exposição de motivos* explicou o sentido em que empregou as expressões — crimes politicos — comprehendendo desde aquelles até os factos eleitoraes, de accordo com o novo direito republicano.

A *piratarìa* estava incluida nelles e o *projecto* não fez mais do que adoptar as disposições dos codigos anteriores.

A diversidade de noções dada á palavra e a sua connexão ou não com os crimes politicos nada teem que ver com o *projecto*, que não podia supprimir as disposições relativas á *piratarìa*, sem uma lei especial que a reprimisse. [1]

O projecto de 1896 andou mal avisado nesta materia.

Sobre a *piratarìa* a exposição de motivos diz :

« A commissão julgou mais coherente abrir um capitulo novo no codigo para a pirataria, pois que esta, muito embora constitua um crime de caracter todo especial, póde comtudo se comparar ao roubo commettido á mão armada em terra, e ser appellidada—em todo o caso—o banditismo do mar.

E' bem verdade — que a pirataria deve ser classificada em o numero das *infracções communs entre nações*, mas isto significa apenas — que ella é assumpto de interesse para todos os povos indistinctamente.

A sua natureza de attentado contra a propriedade, porém, não desapparece, nem se extingue.

A commissão confessa — que a maioria dos codigos estrangeiros não contém disposições sobre esse crime excepcional que, em regra, é previsto e punido por legislação á parte.

Entretanto, á commissão pareceu — que nenhum motivo razoavel militava para que ella supprimisse do projecto

---

[1] Do autor: O PROJECTO DO COD. PEN. *e a Faculdade de S. Paulo*. Recife, 1895, pag. 49.

os artigos referentes á pirataria, que por ser um verdadeiro crime fica de certo bem collocada no codigo.»

No projecto de 1897 restabelecemos nesta parte o de 1893, dizendo :

« Houve equivoco nesta parte da nova exposição de motivos, porque o que a commissão fez foi reduzir as figuras da pirataria restabelecidas agora no substitutivo e scindir a materia, ficando parte nos crimes *politicos* e outra parte como capitulo separado no titulo dos crimes *contra a propriedade*.

Dessa classificação e distribuição defeituosas resultaram antinomias e a impraticabilidade das duas series de disposições sobre o mesmo facto punido em uma mesma configuração, ora com penas diversas, ora com as mesmas, mas subsistindo as repetições inuteis.

Apenas se muda a nome de *inimigo* pelo de *pirata*.

O conceito de que o pirata é o ladrão do mar é um conceito vulgar, porque tal crime é do direito das gentes, como o consideram, entre outras nações, a Inglaterra e a America do Norte. [1]

E competindo aos juizes e tribunaes federaes processar e julgar as questões de direito *criminal* ou civil *internacional* (Const., art. 60), letra H) ; realmente o logar mais proprio para taes factos é este titulo mesmo.

O codigo hollandez abre o titulo especial para elles — de delictos relativos á navegação. [2]

A illustre commissão parlamentar esforça-se em vão por combater a nossa critica, dizendo:

« Referindo-se á pirataria, na « exposição de motivos», a Commissão deixou bem justificada a causa por que a incluira no projecto.

Nem colhe a injusta arguição de ter sido mutilado o respectivo titulo do projecto primitivo.

Si, a exemplo do Codigo hollandez, o projecto contivesse um titulo com esta epigraphe — *delictos relativos á navegação,* seria razoavel que se comprehendessem ahi todas as figuras do crime, a que o substitutivo allude ; fóra disto, não.

Bastaria á commissão, para enveredar por este caminho o facto de competir á justiça federal o processo e julgamento das questões de direito criminal e civil internacional ?

---

[1] Van Swinderen, Droit pénal actuel *dans les Pays Bas et à l'Etranger*. Groningue, 1891-1894, pag. 265.

[2] Exposição de motivos do projecto de 1897, pag. 8.

E' preciso attender — que a natureza do attentado á propriedade não desapparece na pirataria, só porque esta deve ser classificada *no numero das infracções communs entre as nações*; conforme o autor do substitutivo, é o primeiro a reconhecer e confessar.

Por consequencia, *a pirataria* ficou devidamente collocada no projecto da commissão, estando — como está — subordinada ao titulo, referente aos *crimes contra a propriedade*.

Não ha negar — que a pirataria, verdadeiro banditismo no mar, é analoga ao roubo em terra, como pensa Garraud.

O Codigo allemão, bem como o norueguez, a lei sueca de junho de 1890, e todas as outras que tratam da pirataria, consideram-na debaixo desse mesmo aspecto. Nem de outro modo procede a legislação americana, que se exprime assim: *piracy is robbery on the high sea.*» [1]

Antes de tudo, convem notar que o que o Codigo allemão § 250, n. 5º, faz é aggravar o furto violento quando commettido no *alto mar* como em um curso de agua navegavel etc.

E' o que faz tambem a lei sueca de 20 de junho de 1890, § 7º e o Codigo norueguez, cap. 20, § 1, n. 5º. 2

O que, porém, a illustre commissão parlamentar não encontraria por mais que procurasse, seria um codigo como fez o projecto de 1896, mantido na redacção final de 1899, inserir no primeiro titulo dos crimes politicos, as especies de *pirataria* nos arts. 104 a 106 e ao mesmo tempo o cap. VI — pirataria — arts. 345 e 346 no titulo decimo « dos crimes contra a *propriedade* » additando neste duas especies congeneres, mas sendo as outras semelhantes em tudo, menos nas penas, ora iguaes, ora differentes, o que é deploravel, porque as duvidas na pratica seriam insoluveis.

A differença unica é que no titulo primeiro não se declina e no decimo se declina o *nomen juris*, de *pirata*; mesmo assim alli se falla de *corso* que, na hypothese figurada no art. 105 do projecto, é um *pirata*.

Este art. 105 não tem correspondente no titulo decimo, do mesmo modo que não teem correspondentes no titulo primeiro os arts. 345 e 346, n. II.

---

[1] PARECER *sobre as emendas da 3ª discussão do projecto* n. 176, de 1896, Camara dos Deputados 1898, pag. 10, 2ª col.

[2] Vide Suwinderen, OBR. CIT. vol. 2º pag. 257.

Mas, as outras figuras teem correspondentes reciprocas, variando as penas respectivas, como tudo se vê dos textos dispostos parallelamente, assim :

TIT. I	TIT. X
Art. 104. Entregar ao *inimigo* embarcação brasileira á cuja aquipagem pertencer: Pena: prisão com trabalho por *2 a 6 annos*.	Art. 346. Na pena do artigo antecedente tambem incorrerá : III. Aquelle que entregar a *pirata* navio brasileiro á cuja equipagem pertencer. (A pena do ant. art. 345 é de *4 a 12 annos* de prisão com trabalho.
Art. 106. Oppôr-se por ameaça ou violencia a que o commandante ou tripolação de embarcação brasileira a defenda, si ella fôr atacada por *inimigo*.	I. Aquelle que se oppuzer com ameaça ou violencia a que o commandante ou tripolação de embarcação brasileira a defenda, quando ella atacada por *piratas*.
Pena : prisão com trabalho por 4 a 12 annos.	(Aqui a pena é a mesma.)

O mais que pudemos oppôr no assumpto é o que vamos dizendo, commentando a *pirataria*, sendo flagrante a repetição das figuras e a variação das penas entre dous textos de um só projecto.

Poderiam surgir duvidas tambem, si o caso occorresse sobre a competencia da justiça federal, cujas leis alludem á esta parte do codigo vigente.

11. Conforme o direito inglez, diz Seymour Harris, a palavra *pirataria* comprehende, tanto o crime de pirataria segundo o direito commum, como certos crimes previstos e punidos por Estatutos especiaes.

A pirataria, *segundo o direito commum*, consiste em actos de latrocinio e depredação, commettidos em alto mar, os quaes, si fossem commettidos em terra, importariam crime. Qualquer Estado tem direito de reprimir este crime com as penas estabelecidas nas suas leis respectivas.

E' a hypothese dos arts. 104, § 1º e 105, § 1º do nosso codigo.

A depredação deve ser provada como nos casos ordinarios de roubo e deve verificar-se que não foi autorisada por qualquer soberano ou Estado, isto porque, uma nação não póde ser julgada como ré de pirataria.

E' o caso figurado tambem no nosso codigo, art. 104, §§ 2º e 6º, sobre o abuso de carta de *marca* ou de *corso* e

sobre acceite desta sem autorisação, e art. 105, §§ 1º e 2º, sobre *corsario* sem carta ou navegando com bandeira de governo que não lhe deu carta de corso.

Si os subditos de um mesmo Estado commettem latrocinio um contra o outro, ha pirataria; por exemplo, na hypothese do § 1º do art. 104.

Si ao contrario, o aggredido e o offensor forem de Estados differentes, o caracter da acção dependerá da condição das relações entre os dous Estados. Assim, si entre estes ha amizade, haverá pirataria; mas não haverá, si os Estados estão em guerra, porque é regra geral que entre inimigos não póde haver pirataria e qualquer depredação entre elles considera-se como simples acto de hostilidade.

O nosso codigo, art. 104, § 1º e art. 105, § 1º, adoptou esses principios.

Note-se que a Declaração de Paris em 1856 continha a clausula de que os corsarios se entendia abolidos, e á mesma accederam a Russia, Turquia, Inglaterra, França, Italia, Austria e Prussia e nós, infeliz e ineptamente, tambem.

O elemento caracteristico do crime é o logar onde o mesmo foi commettido, isto é, no mar alto.

A *pirataria, segundo os Estatutos*, vem a ser que, em virtude de Estatutos particulares, certos factos especiaes são considerados como actos de pirataria. Taes são os seguintes:

Um subdito inglez que em alto mar commette acto de hostilidade contra outro subdito da Rainha, em virtude de carta de corso obtida de potencia estrangeira, ou, em tempo de guerra, auxilia o inimigo no mar.

São casos semelhantes aos do nosso codigo, art. 104, §§ 1º e 2º.

Um commandante ou mestre de embarcação ou qualquer marinheiro que foge com a embarcação ou carga ou voluntariamente as entrega a um pirata; ou aconselha ou instiga uma das pessoas supra indicadas a commetter actos de tal natureza, ou conduz propostas por parte de piratas inimigos ou rebeldes, ou constrange o commandante a não combater, ou faz ou promove uma revolta no navio.

Estes são casos iguaes aos previstos no nosso codigo, art. 104, §§ 3º, 4º e 5º.

Qualquer que tem commercio com piratas ou presta-lhes assistencia, ou aborda um navio mercante e destróe ou lança ao mar o carregamento delle, no todo ou em parte.

A primeira hypothese está expressamente prevista no nosso codigo, art. 106, § 2º; as outras acham-se comprehendidas nas regras geraes dos arts. 104 §§ 1º e 2º e 105, § 1º.

Ainda conforme o direito inglez, a pena da pirataria era, a principio a de morte. Hoje, o réo é passivel da servidão penal até perpetua, ou de carcere até tres annos.

Mas, a pirataria acompanhada de vias de facto com intenção homicida, ou de ferimentos, ou de perigo de vida de qualquer pessoa pertencente ao navio, é ainda hoje punivel com a morte.

Entretanto, o nosso codigo não edicta penas rigorosas, mesmo para as hypotheses occorridas em tempo de guerra. [1]

O projecto de codigo do Japão, em um capitulo especial « dos crimes e delictos contra *o direito das gentes* » consagra não poucos artigos á esta materia, sem duvida melhorada nas respectivas disposições, algumas com certa originalidade.

Assim, desviando-se do direito inglez e outros, uma das disposições, considera pirataria os actos daquelles que em um navio com bandeira japoneza ou estrangeira commetter pilhagens ou factos de banditismo, não só no mar *alto*, como tambem e aqui está a differença, no mar *territorial* do Japão, e com maioria de razão nos ancoradouros, portos e enseadas japonezes, não excluindo sinão os mares territoriaes estrangeiros.

Si a pilhagem tem logar num rio japonez, as regras ordinarias retomariam sua applicação: o facto não seria punido sinão como *roubo*; não seria mais um crime contra o *direito das gentes*.

Isto mesmo mostra quão divorciado está dos principios o projecto de 1896, considerando roubo actos de verdadeira pirataria.

Si ao contrario, ainda conforme o mesmo direito, o facto tem logar em alto mar, a competencia pertence ao paiz captor ou apprehensor; porque é um principio do direito das gentes moderno, que a policia dos mares compete a todo navio de qualquer Estado que encontra um pirata.

E' em consequencia do mesmo direito de policia dos mares, que não ha logar para distinguir, si os navios victimas da aggressão são japonezes ou estrangeiros.

Mas o que a lei não permitte é julgar piratas não capturados, julgal-os á revelia: seria muito difficil constatar, sem captura, a natureza e a gravidade dos factos incriminados e a identidade dos culpados.

A lei ainda gradúa as penalidades, segundo a importancia e o gráo da participação de cada um dos culpados na infracção commetttida.

A confiscação do navio e da carga é de direito commum: o navio é o instrumento, a carga o producto do crime.

---

[1] Seymour Harris. PRINCIPLES OF THE CRIMINAL LAW (trad. de Bertola) Verona 1898. pag 26. Vide tambem Archbold's PLEADING AND EVIDENCE IN CRIMINAL CASES, London, 1878, pag. 465; Stephen, A DIGEST OF THE CRIMINAL LAW, London, 1894, pag. 78, arts. 108 e seguintes.

A lei pune principalmente com fortes multas os actos preparatorios, de que aliás offerece tambem exemplos o nosso codigo art. 105, § 2º e art. 106, §§ 1º e 3º.

A competencia suscita duvida em dous pontos.

A captura previne a jurisdicção de um paiz dado, mas si o pirata é absolvido por falta de provas e depois capturado de novo, outro paiz não póde julgal-o pelo mesmo facto.

Tambem nenhum paiz, gozando do privilegio de exterritoriedade para julgar os seus subditos, no Japão póde allegal-o para julgar a pirataria, desde que a competencia resulta exclusivamente do facto da captura, tornando-se assim juiz o captor.

Boissonade, cuja opinião resumimos muitò, observa de modo geral sobre o novo direito japonez, que as penalidades propostas no projecto são menos rigorosas que a da maior parte dos outros paizes, porque ellas são graduadas conforme a gravidade dos factos puniveis, o que não tem sido sempre observado nesta materia. [1]

SECÇÃO II

DOS CRIMES CONTRA A CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA, FORMA DO SEU GOVERNO E OS PODERES DA UNIÃO E DOS ESTADOS

CODIGO

Art. 97. Alliciar, sem autorização do Governo, gente para o serviço militar de um paiz estrangeiro :

Pena — de prisão cellular por um a dous annos.

Art. 107. Tentar, directamente e por factos, mudar por meios violentos a Constituição politica da Republica, ou a fórma de governo estabelecida:

Pena — de banimento, aos cabeças; e aos co-réos, a de reclusão por cinco a 10 annos.

Art. 108. Tentar, pelos mesmos meios, mudar algum dos artigos da Constituição :

Pena — de reclusão por dous a seis annos.

Reputam-se — cabeças — os que tiverem deliberado, excitado ou dirigido o movimento.

Art. 109. Oppor-se alguem, directamente e por factos, á execução das leis e decretos do Congresso :

§ 1.º Oppôr-se directamente e por factos, á reunião do Congresso ;

§ 2.º Entrar tumultuariamente no recinto de alguma das camaras do Congresso ; obrigal-a, por meio de força ou ameaças de violencia, a

---

[1] Boissonade. PROJET REVISÉ DE CODE PÉNAL DU JAPON, etc., Tokio, 1886, pag. 530, n. 356.

propôr ou deixar de propor alguma lei ou resolução; ou influir na maneira de exercer as suas funcções constitucionaes:

Pena — de reclusão por dous a quatro annos.

§ 3.º Si qualquer destes crimes fôr praticado contra as assembléas legislativas dos Estados:

Metade da pena.

§ 4.º Si contra as intendencias ou conselhos municipaes:

A terça parte da pena.

Art. 110. Usar de violencia, ou ameaças, contra qualquer membro das camaras do Congresso no exercicio de suas funcções:

Pena — de prisão cellular por um a dous annos.

§ 1.º Si este crime fôr praticado contra qualquer membro das assembléas legislativas dos Estados:

Metade da pena.

§ 2.º Si contra qualquer membro das intendencias ou conselhos municipaes:

A terça parte da pena.

Art. 111. Oppôr-se alguem, directamente e por factos, ao livre exercicio dos poderes executivo e judiciario federal, ou dos Estados, no tocante ás suas attribuições constitucionaes; obstar ou impedir, por qualquer modo, o effeito das determinações desses poderes, que forem conformes á Constituição e ás leis:

Pena — de reclusão por dous a quatro annos.

Art. 112. Usar de violencia, ou ameaças, contra os agentes do poder executivo federal, ou dos Estados, para os forçar a praticar ou deixar de praticar um acto official:

Pena — de prisão cellular por um a dous annos.

Art. 113. Usar de violencia, ou ameaças, para constranger algum juiz, ou jurado, a proferir, ou deixar de proferir, sentença, despacho ou voto; a fazer ou deixar de fazer algum acto official:

Pena — de prisão cellular por um a dous annos.

Art. 114. Levantar motim, ou excitar desordem, durante a sessão de um tribunal de justiça ou audiencia de juiz singular, de maneira a impedir, perturbar ou determinar a suspensão do acto:

Pena — de prisão cellular por dous a seis mezes.

Art. 224. Arrogar-se e effectivamente exercer, sem direito, emprego ou funcção publica, civil ou militar:

Penas — de prisão cellular por seis mezes a dous annos e multa igual ao dobro dos vencimentos que tiver recebido.

COMMENTARIO

12. A outra classe de crimes politicos chamada de *leso-governo,* é contra a Constituição ou fórma de seu governo e contra os poderes da União, e dos Estados, materia muito deficientemente comprehendida e mal distribuida no texto dos capitulos 2º e 3º deste titulo do livro 2º do Codigo Penal, tendo, além disto, sido deslocado o art. 224 para o tit. 5º; de tudo o que, porém, trataremos nesta secção por exigencias de methodo.

Aqui se trata de crimes, cujo objectivo é a organisação politica do Estado e entre nós da União, dos Estados e Municipios ou os poderes que os encarnam e activam.

O Codigo Penal mudou apenas algumas expressões, adoptando outras impostas pelo advento da Republica, seguindo quasi litteralmente o Codigo Criminal de 1830.

Esta materia foi refundida no projecto de 1893, arts. 126 e seguintes, reproduzido pelos posteriores que se lhe seguiram de 1896, 1897 e 1899.

O codigo no art. 97, punindo quem « alliciar, sem autorisação do Governo, gente para o serviço militar de um paiz estrangeiro », não pune esse facto como crime contra a segurança da patria, como o classifica tão mal o codigo, mas como crime contra os poderes da União, sómente aos quaes competem a organisação e emprego da força publica ou militar.

Os projectos posteriores ao codigo collocaram devidamente aqui essa figura de crime.

Os arts. 107 e 108 punem o attentado directo e por factos para mudar por meios violentos a Constituição politica da Republica, sua fórma de governo, ou algum dos artigos da mesma Constituição.

Conforme a fonte do codigo, o art. 118, n. 3 do italiano, parallelo ao nosso neste ponto, o extremo do crime é a violencia, podendo, entretanto, por tal entender-se a coacção moral por meio de ameaças [1]

Convém, não obstante, notar que o nosso codigo tem dicção differente do italiano, quando antes das palavras *meios violentos*, diz — *e por factos*.

O Cod. Pen., arts. 107 e 108, se refere á mudança da constituição ou fórma de governo ; mas, nos arts. 109 e seguintes se refere sómente a factos isolados contra o livre exercicio dos poderes politicos, que alguns collocam entre os factos contra a administração publica, e isso incompletamente, esquecendo os factos complexos, mais graves contra os representantes supremos da União e dos Estados, como os presidentes e governadores, o Supremo Tribunal Federal, etc.

O projecto de 1893, art. 126 e os posteriores, grupam como crimes gravissimos o attentado para mudar a fórma de governo, assim como impedir as funcções do chefe da União, Congresso ou qualquer de suas Camaras e o Supremo Tribunal Federal.

Como sub-especies, são punidos os mesmos factos contrarios ao governo dos Estados ou municipios.

---

[1] Magno, OBR. CIT., 1º vol. pag. 372, art. 118.

Os artigos seguintes dos projectos é que correspondem aos arts. 109 a 114 do codigo, menos o art. 97, que aqui devia figurar, sobre arrolamentos militares, como figura no projecto de 1893, art. 134, e de 1897, art. 137, ao contrario dos de 1896 e 1899, que conservaram no mesmo logar improprio, que o codigo.

Outra figura gravissima é a do art. 135 do projecto de 1893 e 138 do de 1897, e 117 dos de 1896 e 1899, que punem a rebellião, eliminada pelo Cod. Penal!

A rebellião é o meio de attingir o escopo da mudança da Constituição, fórma de governo ou da autoridade e poderes da Republica.

O Cod. Crim. anterior a definia no art. 110 como sendo a reunião de uma ou mais povoações, comprehendendo mais de vinte mil pessoas (20.000) para se perpetrar certos crimes politicos.

Não ha necessidade e antes inconveniente de precisar o numero.

Basta que sejam forças numerosas, organisadas e armadas adequadamente para combaterem as tropas regulares incumbidas de manter a ordem e as instituições legaes.

Qualquer aggrupamento poderá ser um ajuntamento illicito, uma sedição, um *bando armado*, mas não uma rebellião ou insurreição.

A *promoção* da rebellião é menos punida que a *realisação* da rebellião.

O art. 136 do projecto de 1893 e 139 do de 1897 consagram uma especie que o Cod. Pen. destacou para o art. 224 quando trata dos empregados publicos a respeito de um crime que póde ser commettido por qualquer *particular* e é um crime *politico*.

Os projectos de 1896 e 1899, art. 206, tambem collocaram mal a mesma disposição.

13. Releva notar, como já algures fizemos, que tendo a Const. Fed., art. 72, § 20, declarado: — « fica abolida a pena de galés *e a de banimento judicial;* e sendo o banimento a pena dos *cabeças*, isto é, « dos que tiverem deliberado, excitado ou dirigido o movimento », (art. 108) previsto no art. 107; não tendo sido substituida a pena por nenhuma lei posterior, aos autores principaes do crime não se póde impôr pena alguma! *Nulla poena sine lege.*

O nosso codigo, nos arts. 109 e seguintes reproduz uma série de disposições do codigo de 1830, quasi sem alteração, para adaptal-as ao nosso novo regimen federativo, podendo, entretanto, ter aproveitado como fonte aqui os codigos das republicas da America latina, algum dos quaes chegou a tomar por modelo de disposições geraes.

Esses codigos agora renovados tiveram como fonte codigos hespanhóes, um dos quaes parece ter sido a fonte do

nosso de 1830, aproveitada ainda no vigente, tendo servido de fonte ao portuguez de 1852, o nosso anterior.

Entretanto, sendo esses os codigos que mais se assemelham aos nossos, o subsidio que nos podem prestar os seus interpretes é quasi nullo, porque todas as disposições de uns e outros divergem entre si, até nos conceitos e definições, suppondo ás vezes como elemento dos crimes figurados, o motim, assuada, sedição, a que o nosso codigo não allude e até a insurreição e rebellião, que o codigo supprimiu.

Com estas reservas, sobre crimes parecidos, mas não identicos, diz Pacheco, que os casos que o art. 167 do codigo hespanhol comprehende, ainda que não igualmente criminosos, em sua opinião, são todos elles de summa importancia e exigem castigo rigoroso. Na esphera dos delictos politicos são certamente dos mais graves e caracterisados.

Atacando as pessoas ou corporações que exercem o supremo poder (nosso codigo, arts. 109 a 111), causando transtornos de tamanha entidade na constituição ou na vida do povo, não se póde estranhar que os colloque a lei á cabeça deste genero de crimes, nem que reserve para elles uma repressão severa. [1]

Ainda com relação ás disposições dos arts. 109 a 111, parallelas até certo ponto às do nosso codigo anterior e ao portuguez de 1852, Silva Ferrão, entre outras, faz estas observações:

A justiça do povo amotinado ou revoltado nunca póde nem deve substituir ou tomar o logar da justiça dos representantes legaes da nação. A insurreição triumphante, diz Morin, poderá parecer legitimada pelo successo; mas a insurreição vencida é e será sempre um acto criminoso.

Criticando o codigo portuguez, porque além da incriminação collectiva, não comprehende a singular, o que aliás faz o nosso codigo no art. 110, diz o mesmo autor, que, si á primeira vista não deve ser considerado como de rebellião, comtudo a iniciativa de proposição que teem todos os membros das camaras, o seu direito de voto, a importancia relativa que tem ou pode ter esse voto, deveriam fazer considerar como ataque directo feito ás mesmas camaras todo impeditivo que se dirigir individualmente em relação ao exercicio de funcções parlamentares. [2]

Levy Jordão accrescenta que, si as camaras são o complexo dos representantes da nação, si nellas se tratam e se

---

[1] Pacheco, El Codigo Penal *concordado y comentado*, Madrid, 1888-89, pag. 165, n. 7, tomo 2º.

[2] Silva Ferrão, Codigo Penal Portuguez, etc. Lisboa, 1856-57, vol 4º, art. 171, pag. 319.

discutem os negocios desta, impedir a sua reunião ou a sua deliberação, é concorrer para embaraçar o andamento dos negocios publicos, além de envolver um desacato ao poder legislativo, que deve ser tão respeitado como qualquer outro poder. [1]

Uma disposição semelhante figura no codigo do Uruguay, art. 119, dizendo sobre ella Vasquez Acevedo, ainda que o artigo não o diga expressamente, deve entender-se, segundo sua opinião, que os actos a que se refere devem ser realisados com um levantamento publico, circumstancia que caracterisa a rebellião, na qual está comprehendido o caso. Baseia elle a sua opinião na disposição analoga de outros codigos, particularmente, o chileno donde foi tirado o preceito. [2]

O codigo argentino se refere a ataques ou attentados contra os poderes ou governo das provincias e não da Republica, objecto de lei especial.

A proposito, o Dr. Rivarola faz longos commentarios. [3]

Os arts. 112 a 114 do codigo conteem outras figuras de crimes semelhantes, mas menos graves.

No art. 112 nota-se a lacuna de não incluir os agentes do poder executivo ou governo municipal.

No art. 113 nota-se a difficuldade de harmonizal-o com o art. 111, que tambem se refere ao poder judiciario, cujos orgãos são os tribunaes e os juizes singulares.

O art. 114 é de facil comprehensão e muito justificavel porque pune uma violencia que envolve desacato contra os juizes e tribunaes.

O art. 224, cujo lugar é aqui mesmo e não onde o codigo e o projecto de 1896 o collocaram, é um facto que importa ataque ou offensa aos poderes constituidos.

A usurpação da força militar do Estado independentemente de poder ser comprehendida na insurreição, de que aliás não cogitou o nosso codigo, é crime por si mesma, attendida a intrinseca illegitimidade da usurpação do commando de qualquer funcção *civil* ou militar, como quer o codigo.

Os elementos do crime são a falta de direito por parte do usurpador ou intruso e assumir e effectivamente exercer o posto ou commando.

A pena do codigo é irrisoria.

Os projectos posteriores melhoraram muito esta secção, supprindo-lhe as lacunas e fazendo exacta distribuição da materia, cuja fonte foi o projecto primitivo de 1893.

---

[1] Levy Jordão, COMMENTARIO AO CODIGO PENAL PORTUGUEZ. Lisboa, 1853-54, art. 171, 2º vol., pag. 154.

[2] Vasquez Acevedo, CONCORDANCIAS Y ANOTACIONES *del codigo penal.* Montevidéo, 1893, art. 119, pag. 131.

[3] Dr. Rivarola, EXPOSICION Y CRITICA *del Cod. Penal,* Buenos Ayres, 1890, 3º vol., pag. 1, n. 909 e segs.

Sobre a especie do art. 111 desta secção correspondente ao art. 96 do codigo criminal de 1830 e na vigencia deste houve duas causas celebres em que foram julgados e condemnados os bispos D. Antonio de Macedo Costa, da diocese do Pará e D. Frei Vital Maria Gonçalves de Oliveira, da diocese de Olinda (Pernambuco).

O facto consistia em terem os bispos executado bullas do Papa não *placitadas* pelo governo e não executarem as decisões do mesmo governo, dando provimento aos recursos á corôa dos actos dos bispos, que prohibiram que pertencessem ás irmandades de qualquer igreja os maçons.

As opiniões dividiam-se então, pensando alguns que os bispos não haviam commettido crime algum, ou, quando muito, o de desobediencia, art. 135. [1]

Outros, porém, opinaram que o crime fôra mal classificado e devera ter sido classificado nos arts. 79 e 81 do codigo criminal antigo, correspondente o primeiro ao art. 103 do codigo vigente, não tendo este correspondente do art. 81, pelo facto da separação, com o advento da Republica, entre o Estado e a Igreja. [2]

Os accordãos condemnatorios do Supremo Tribunal de Justiça teem a data de 21 de fevereiro e de 1 de julho de 1874, tendo *O Direito* publicado os respectivos processos. [3]

Nada adduziremos acerca desses arestos que só teem interesse puramente historico, perturbando a solução da questão a união hybrida então existente entre a Igreja e o Estado.

Entretanto, este n'um regimen de *puro regalismo* outra cousa não tinha a fazer sinão defender-se.

A causa terminou pela amnistia aos bispos, concedida por decreto n. 5993, de 17 de setembro de 1875.

Sobre o art. 224 do texto:

« Para a existencia juridica do crime do art. 224 do codigo penal não basta pelo lado objectivo a usurpação do emprego ou funcção publica, civil ou militar, mas é ainda mister a execução de actos inherentes ao emprego ou funcção traduzida em actos exteriores que constituam-lhe o exercicio effectivo ». *Accordão* da Relação de Minas Geraes, de 8 de dezembro de 1897. [4]

---

[1] Vide — Ferreira Tinoco, Cod. crim. annotado, Rio de Janeiro, 1886, pag. 170, art. 96, not. 94.

[2] Thomaz Alves, Obr. cit., tom. 4º, pag. 439.

[3] O Direito, vol. 3º, pag. 325, vol. 4º, pag. 481.

[4] Sobre a causa, vide o Direito, vol. 78, pag. 415.

SECÇÃO III

DOS CRIMES CONTRA OS ESTADOS ESTRANGEIROS E SEUS REPRESENTANTES

CODIGO

Art. 98. Violar tratados legitimamente feitos com as nações estrangeiras:
Pena — de prisão cellular por seis mezes a quatro annos.
Art. 99. Violar a immunidade dos embaixadores ou ministros estrangeiros:
Pena — de prisão cellular por um a dous annos.
Art. 100. Dilacerar, destruir, ou ultrajar em logar publico, por menosprezo ou vilipendio, a bandeira ou qualquer outro symbolo de nacionalidade de alguma nação estrangeira, ou a bandeira nacional:
Pena — de prisão cellular por seis mezes a um anno.
Art. 102. Entrar jurisdiccionalmente em paiz estrangeiro, sem autoridade legitima:
Pena — de prisão cellular por seis mezes a quatro annos.

COMMENTARIO

14. As figuras dos crimes comprehendidas nos arts. 98, 99 e 102 constituem um só artigo nos projectos de 1893 e 1897; ao contrario a figura do art. 100 está dividida em dous artigos conforme se trata de desacato á bandeira nacional, ou estrangeira.

No projecto de 1893, arts. 137 a 139, taes crimes estão collocados em uma secção especial com a epigraphe acima no capitulo intitulado «dos crimes contra a segurança da Republica».

O codigo penal é deficiente neste ponto, apezar de ter tido como fonte geral o codigo italiano, cujas disposições principaes correlatas elle não reproduz, limitando-se quasi a repetir as velhas disposições do codigo criminal de 1830, apenas com o accrescimo da nova figura do art. 100 sobre o ultrage da bandeira estrangeira.

Os citados projectos, porém, aproveitaram as velhas figuras do codigo anterior e as compilaram ou consolidaram com as novas nas respectivas disposições.

Aqui tambem vê-se que o codigo deixou em silencio os crimes contra os chefes de Estado e seus representantes, limitando-se á especie unica neste genero do art. 99.

O projecto de 1899 suppriu a lacuna indo além dos anteriores de 1893 a 1897, que deixaram ao direito commum a punição dos attentados commettidos no nosso territorio contra os chefes dos Estados estrangeiros. Em vez, porém, da hypothese restricta do art. 99 sobre a violação das immunidades dos embaixadores, todos os projectos consignaram

disposições aggravando a penalidade no caso de crimes commettidos contra os representantes de Estados estrangeiros acreditados junto ao governo da Republica.

A regra é que só se punem taes crimes quando executados no nosso territorio, sendo inapplicaveis os principios que estendem a lei penal aos crimes fóra do territorio nacional.

O projecto de 1899, não diz, mas deve-se subentender, porque não distingue, ainda que se trate de chefes de Estados amigos ou em guerra com o Brazil.

As disposições de que acabamos de tratar figuram nos codigos italiano, allemão e outros.

Ha differença entre os dous citados codigos.

O allemão falla de acções hostis contra os Estados *amigos*, o italiano, fonte do nosso e dos projectos de revisão, não faz essa restricção, d'onde resulta que a disposição se applica mesmo a Estados que se achem em *guerra* com o Brazil.

Não prevaleceu no codigo italiano a opinião de Lucchini.

E' aquella a solução do codigo italiano fonte do projecto e preferivel á contraria do codigo allemão que só falla de Estados amigos.

Conforme Impallomeni e outros, o codigo italiano, nas disposições correspondentes, se applica, não só no caso de offensas aos agentes *diplomaticos* que tratam de interesses concernentes aos direitos internacionaes e ás relações entre os Governos, como tambem aos *consules* que apenas promovem no estrangeiro os interesses *commerciaes*, ou *privados* d'outro genero, de seus concidadãos. [1]

O complexo de taes disposições e em geral desta secção, não significa nada mais, nada menos do que, attendendo ao desenvolvimento das relações e á facilidade das communicações internacionaes, assegurar com solicitude a manutenção dessas mesmas communicações e relações entre os governos das differentes nações com o nosso, mediante uma severa repressão de todos os factos delictuosos que as possam comprometter ou perturbar, dando especialmente justa satisfação aos soberanos ou chefes dos governos estrangeiros e aos seus representantes pelos attentados e offensas que se commettam contra elles.

Por outro lado, si os deveres internacionaes impõem uma tutela especial e o respeito aos chefes e representantes de governos estrangeiros, não deve mesmo permittir-se que o Estado estrangeiro fique exposto de qualquer outro modo a offensas por actos dirigidos contra os seus symbolos externos, isto é, a bandeira ou pavilhão, distinctivo da nacionalidade.

---

[1] Majno, OBR. CIT., parte I, art. 130, n. 690.

Era assim que justificava o ministro Zanardelli o codigo italiano no seu relatorio ao parlamento. [1]

A ultima é a razão do art. 100 do codigo penal, que entretanto ahi andou muito mal avisado, porque comprehendeu tambem a bandeira nacional, equiparando-a á estrangeira e por isso todos os projectos de revisão, de 1897, arts. 124 e 141; e de 1899, arts. 101 e 121, as distingue em dispositivos differentes, diversificando a punição, que se torna mais rigorosa, quando se trata do emblema da nossa nacionalidade.

As disposições dos arts. 99 e 100 desta secção são porventura as que mais se salientam, ou por seu caracter especial, ou porque o seu sentido é mais facil de apprehender, talvez, pela maior possibilidade de realização pratica.

A figura do art. 98 sobre a violação dos tratados legitimamente feitos com uma nação estrangeira e que apparece nos codigos e nos projectos de revisão estava estabelecida no codigo de 1830, que parece ter tido como fonte o codigo da Baviera, semelhante aos do Hanover e Darmstadt; porque, no codigo francez, principal fonte do nosso anterior, esta materia, como diz Garraud, está em estado embryonario e não cogita da especie.

Convém notar que tal crime não é facil de caracterisar, parecendo só poder ter logar em geral por motivo ou por occasião de maneio de relações diplomaticas de paiz a paiz.

Entretanto, desde que o tratado constitue lei obrigatoria para todos, subditos ou concidadãos das altas partes contratantes, a sua infracção deve ser punida com tanto mais rigor quanto a violação póde comprometter a paz externa e acarretar para o Estado do violador prejuizos, humilhações e até uma guerra.

A especie do art. 102 presuppõe o facto de penetrar autoridade nossa em territorio estrangeiro para qualquer fim sem autorização do poder ou da autoridade desse territorio, o que constitue uma offensa á soberania do Estado estrangeiro, além de poder occasionar conflictos e perturbações que a lei sempre previne como nos casos mais graves dos arts. 88 e 90.

Assim tambem no citado art. 102 do texto, porque nos casos raros em que as autoridades de um paiz podem penetrar além das fronteiras de outro afim de assegurar interesses, por exemplo, fiscaes ou aduaneiros, ou judiciarios, devem fazêl-o na fórma determinada nos ajustes, ou conforme os usos internacionaes, o que é o mesmo que dizer com autoridade legitima.

---

[1] Zanardelli, RELAZIONE, etc. II, pag. 35.

O mais é invasão abusiva, que o Estado estrangeiro prejudicado póde com razão repellir á força e o Estado invasor póde e deve punir com rigor nos termos do art. 102 do texto.

Garraud cita como uma especie no genero o facto de um ataque á mão armada em um territorio vizinho a um posto aduaneiro, com tiros de espingarda, arrombamento de edificio, etc...

Restam ainda algumas referencias á offensa á bandeira ou outro emblema que symbolise a nossa nacionalidade ou outra.

Quem insulta uma bandeira ou emblema publicamente exposto offende o Estado que por esses objectos é symbolisado.

E se são o symbolo da patria, como dizia Lucchini, a offensa a este deve achar o seu logar nos crimes contra a patria.

Os elementos são o logar publico, actos reaes ou materiaes, a intenção de vilipendiar; seja o facto commettido por nacional ou estrangeiro.

Faltando um desses elementos haverá outro crime, por exemplo: o de damno, mas não o de que se trata.

A offensa á bandeira estrangeira subsiste ainda quando os Estados se achem em guerra entre si, porque as relações commerciaes não cessam e os consules usam a bandeira e outros emblemas de sua nação.

E' a solução do direito italiano, fonte do nosso. [1]

« Não basta que um panno tenha as côres de uma nação para ser considerado a sua bandeira : *Sentença* do juiz federal de S. Paulo, 14 de dezembro de 1896. [2]

SECÇÃO IV

DISPOSIÇÕES COMMUNS ÁS SECÇÕES ANTECEDENTES

CODIGO

Art. 115. E' crime de conspiração concertarem-se vinte ou mais pessoas para :

§ 1.º Tentar, directamente e por factos, destruir a integridade nacional ;

§ 2.º Tentar, directamente e por factos, mudar violentamente a Constituição da Republica Federal, ou dos Estados, ou a fórma de governo por elles estabelecida ;

---

[1] Vid. Majno, Obr. cit., 1ª parte, arts. 115 e 129.
[2] Sobre o processo vide « O DIREITO », vol. 75, pag. 226.

§ 3.º Tentar, directamente e por factos, a separação de algum Estado da União Federal;

§ 4.º Oppor-se, directamente e por factos, ao livre exercicio das attribuições constitucionaes dos poderes legislativo, executivo e judiciario federal, ou dos Estados;

§ 5.º Oppor se, directamente e por factos, á reunião do Congresso e á das assembléas legislativas dos Estados:

Pena — de reclusão por um a seis annos.

Art. 116. Si os conspiradores desistirem do seu projecto, antes de ter sido descoberto, ou manifestado por algum acto exterior, deixará de existir a conspiração, e ficarão isentos de culpa e pena.

Art. 117. Qualquer dos conspiradores que desistir do projecto criminoso, antes de descoberto ou manifestado por algum acto exterior, não será passivel de pena, ainda que a conspiração continue entre os outros.

Art. 126. Provocar directamente, por escriptos impressos ou lithographados, que se distribuirem por mais de 15 pessoas, ou por discursos proferidos em publica reunião, a pratica de crimes especificados nos capitulos 1º e 3º deste titulo e nos diversos capitulos do precedente:

Pena — de prisão cellular por um a tres mezes.

COMMENTARIO

15. A materia do texto desta secção, isto é, do Cap. I, do tit. 2º do cod. pen., está tratada, como sempre, de modo muito deficiente, sendo a collocação dos artigos injustificavel, porque a *conspiracão* póde ter como objectivo a segurança *externa*, conforme resulta mesmo do art. 115 e entretanto está collocada em capitulo inscripto — da segurança *interna*.

Tambem a figura do art. 126, que está no texto, estava perdida em um capitulo, o da *resistencia*, crime contra a *ordem publica*, que nada tem que ver com os politicos.

A mesma materia está comprehendida em secção separada de disposições communs ás antecedentes no projecto de 1893, que correspondem, completando-os, aos arts. 115 a 117 e 126 do Codigo Penal, porque além da materia do codigo o projecto comprehende a formação de *bandos armados* para commetter certos crimes politicos importantes, o que escapou ao codigo e que não admira, porque elle esqueceu tambem até o crime, muito mais grave, da *rebellião*.

Taes disposições acham-se tambem nos projectos de 1897, arts. 143 a 148, e de 1899, arts. 123 a 126.

Os bandos armados nos termos dos projectos de revisão do codigo são um preparo para a insurreição ou rebellião, facilitam-na e podem encorajal-a e por si sós constituem um perigo manifestado com caracteres efficientes de exterioridade e alarma para merecerem sancção penal no intuito de prevenir males e desastres mais serios.

As disposições dos projectos conteem as modalidades do crime, as suas aggravantes, dirimentes, assim como os

factos de auxilio aos bandos armados que não puderem constituir casos de codelinquencia ou complicidade.

Passemos agora a tratar especialmente da materia do texto do codigo nesta parte.

Repetimos : os factos comprehendidos nesta secção figuram nos codigos, inclusive o italiano, fonte do nosso em disposições, *communs* ás antecedentes, porque realmente a *conspiração*, a *insurreição*, a *provocação* a taes crimes, são meios de leval-os a effeito e assim estão classificados no projecto de 1899, que seguiu os anteriores.

Pela propria redacção do art. 115, pr., que entretanto foi destacado para o titulo 2º deste livro do codigo vê-se o que acabamos de affirmar.

Assim, o codigo diz que « é crime de *conspiração* concertarem-se 20 ou mais pessoas para, etc. » e em seguida refere-se aos crimes anteriormente especificados contra a patria, a constituição, os poderes publicos, etc.

Por ahi vê-se tambem que não foi feliz o codigo no conceito da conspiração, maxime exigindo a conta certa de 20 conspiradores pelo menos por imitação do velho codigo anterior.

Os projectos de 1893 e 1897 dizem — varias pessoas.

A difficuldade aqui está no modo de definir a conspiração para evitar dous escolhos, que se chegue a configurações illusorias ou se tenha de ceder a receios exaggerados.

Sobre o codigo italiano Carrara observa que, tratando-se de crimes *formaes* e para os quaes a lei tem exigido para sua concretisação *acções directas*, não era o caso de fazer distincção qual e que proporção haviam assumido os actos preparatorios, nem de occupar-se do caracter estranho á verdadeira acção do crime.

Removida esta anomalia, definiu-se o crime de conspiração como a resolução, concertada e concluida entre varias pessoas, de commetter algum dos crimes indicados na disposição.

Concerto e conclusão do mesmo, dirigido para aquelle determinado escopo de delinquir, eis os verdadeiros e unicos elementos da conspiração.

Para concretisar o crime de conspiração bastam os elementos do concerto e das conclusões do projecto de realizar algum dos crimes a que se refere a conspiração.

A determinação dos meios não é definida, nem acerca da natureza dos mesmos, nem sobre a época de sua externação.

Basta que tal determinação exista e nada mais, porque é mister considerar que se trata de um crime *formal* que urge extinguir nos seus primordios. [1]

---

[1] Carrara, COMMENTO CIT. art. 134, pag. 87.

Tudo isso póde-se applicar perfeitamente á interpretação do nosso codigo, art. 115 e seus §§.

A' conspiração reserva elle os arts. 115 a 117.

Os projectos de 1896 e 1899, art. 125, occultando o *nomen juris* conceitúam de modo muito obscuro e exquisito a *conspiração*.

Os projectos, porém, de 1893, art. 143 e de 1897, art. 146, definem a conspiração concisamente, comprehendendo na segunda parte a dirimente nos termos em que ella póde ser efficaz.

O codigo penal entretanto, no art. 115 define a conspiração conforme seu systema casuistico nesse artigo e seus cinco paragraphos.

E nos arts. 116 e 117 contém a dirimente do crime em phrases superfluas, sem evitar as deficiencias do costume.

Os defeitos imperdoaveis do codigo penal resaltam da analyse do objecto dos artigos.

Nos crimes contra a segurança do Estado, sem se cahir nos exaggeros de punir a simples *resolução* criminosa, ou responsabilisar os *suspeitos*, ha meio de organisar a repressão de modo efficaz entre a *resolução*, facto interno da consciencia e a *tentativa*, facto externo punivel.

Assim o codigo francez, fonte geral do anterior e do actual, pune :

1°, a *proposição* feita e não aceita de formar uma conspiração ;

2°, a *conspiração* mesma ;

3°, os actos materiaes tendentes a *preparar a execução* da conspiração ; por ultimo, o *attentado*, isto é, a tentativa *proxima* ou *remota*. [1]

Conforme a melhor doutrina, para constituir a conspiração é necessario que duas ou mais pessoas tenham concertado e estabelecido commetter algum de certos crimes politicos.

Mas, a conspiração não se deve confundir com um simples desejo e nem mesmo com um projecto que tenha deixado a vontade indecisa.

A resolução dos conspiradores deve ser firme e positiva : precisa além disto que todos elles se tenham posto de accôrdo sobre o fim e sobre os meios de execução ; que cada um tenha recebido e acceitado o proprio papel no drama commum, que toda difficuldade tenha sido eliminada, toda dissidencia tenha desapparecido. [2]

Não obstante, o codigo penal, no art. 115, nos dá noções muito diffusas do crime e exige para elle, ao contrario do

---

[1] Garraud, Obr. cit., vol. 2°, pag. 546 e segs.
[2] Majno Obr. cit. Part. I, art. 131, n. 707.

direito italiano, francez, hespanhol e outros, o concerto de 20 ou mais pessoas, repetindo assim sem criterio o art. 107 do velho codigo de 1830.

Os arts. 116 e 117 são tambem a reproducção dos arts. 108 e 109 do codigo anterior.

Segundo Blanche, nos termos do art. 89, a conspiração tendo por fim os crimes mencionados nos art. 85 e 87, existe desde que a resolução de agir é concertada e assentada entre duas (e não vinte) ou mais pessoas. Desde então o crime está constituido; qualquer que seja o seguimento ou resultado, é attingido pela lei penal.

No direito francez, ha dous gráos na conspiração.

Si a proposição ou proposta feita e acolhida não foi seguida de acto algum, commettido ou começado para preparar a execução della, a conspiração não está ainda senão no seu primeiro periodo; não importa senão a pena de detenção.

Ella attinge seu gráo mais elevado, si é seguida dum acto commettido ou começado para preparar a sua execução; é neste caso punida com a deportação.

Além dessa phase, o facto deixaria de ser uma conspiração, elle se tornaria um attentado e incorreria na pena deste. [1]

10. Conforme Pessina, commentando os codigos italianos anteriores, cuja fonte foi o francez, commum com os nossos anterior e actual, na materia, exige-se como elementos do crime de conspiração:

1º, unidade de escopo nos pretensos conspiradores, sem o que não é possivel o concerto nem a resolução sobre os meios a empregar; 2º, que se trate ao menos de duas pessoas; 3º, que o concerto recáia sobre os meios de agir, o que significa que aquellas operações que devem formar ou constituir, na sua apparição material, a aggressão á soberania do Estado, seja na pessoa que a representa, seja na sua lei fundamental, tenham devido constituir materia de exame commum dos conspiradores; 4º, emfim, é mister que ao concerto corresponda a resolução sobre os meios de agir, de sorte que, preparado e completado o designio dos varios actos a executar-se por todos e por cada um dos conspiradores, outra cousa não falte senão a respectiva execução material dos mesmos actos.

Recentemente, em mais de um livro, ainda diz elle:

O crime de Estado tem por seu primeiro motor um partido. Mas a conspiração não é de confundir-se com o *partido*

---

[1] Blanche & Dutruc, ÉTUDES PRATIQUES SUR LE CODE PÉNAL. Paris, 1883—91, 2º vol. pag. 576, n. 487.

politico. Os partidos são a vida mesma das sociedades civilisadas, são idéas tornadas aspirações communs de muitas pessoas lutando entre si pelo triumpho, e constituem, exactamente encarnadas em multidões vivas, as varias convicções em cuja coexistencia se nutre a liberdade mesma, e do embate das quaes emerge como força resultante aquella que engendra um movimento de progresso para não destruir, e de conservação, para não petrificar a sociedade mesma. Aquelles que pertencem a um partido querem a victoria das suas idéas, mas se limitam a querer para tal mister que as suas idéas, graças á propaganda e á discussão se tornem convicção geral.

A conspiração presuppõe a direcção determinada da actividade para alguma cousa que se crê realisavel proximamente e por meios diversos daquelles que póde consentir o desenvolvimento ordenado e pacifico da civilisação nacional.

Antes de proseguir, devemos resolver uma questão sobre o momento consumativo da conspiração e não poderiamos, melhor, fazel-o do que referindo-nos á opinião do notavel criminalista belga Adolpho Prins:

« Quando nada tem impedido o autor nos actos exteriores de execução da infracção, esta considera-se consumada.

Todavia, é mister evitar a confusão da consumação da infracção com a obtenção do resultado que o autor tinha em vista.

No sentido do direito positivo, a consumação existe desde que acham-se reunidos todos os elementos materiaes da incriminação, exigidos pelo codigo para que o crime, o delicto ou a contravenção sejam puniveis.

Não é, pois, sempre necessario, para que haja infracção consumada, que o autor tenha attingido seu fim.

Em cada caso, convém recorrer ao texto da lei, e o artigo do codigo penal que definir a infracção, nos indicará com precisão o que o legislador tem querido incriminar.»

Dando varios exemplos, diz:

« *c)* Ora, emfim, a infracção é consummada, abstrahindo-se de todo e qualquer resultado.»

A conspiração é consumada desde que a resolução de agir tem sido impedida, ainda mesmo que ella se houvesse completamente mallogrado (art. 110 do codigo penal belga).

A opinião de Prins accentúa no ponto questionado a mesma solução que aliás resulta da theoria, que expuzemos, de Carrara, Pessina, Majno e outros. [1]

---

[1] Adolphe Prins, Science Pénale et Droit Positif. Bruxelles, 1899, pag. 150, ns. 244 e 245.

17. Quanto á materia dos arts. 116 e 117, Pessina diz, sobre as disposições parallelas do codigo italiano, que, em virtude do principio que para taes delictos, é mister sempre dar logar, tanto quanto possivel, a arrependimento efficaz, que sirva para prevenir o mal social, como se faz para os bandos armados, com o escopo de dissolver a conspiração, a lei concede a impunidade áquelles que desistem do concerto criminoso «antes que *se comece* a execução do delicto, e antes de *se ter iniciado* qualquer procedimento». [1]

O nosso codigo,nos artigos 116 e 117,emprega como equivalentes as expressões — antes de ter sido descoberto ou manifestado por algum acto exterior.

A dirimente contida nesses artigos é restringida sem razão, porque a sociedade tem todo interesse em não punir, desde que não ha ainda começo de execução do crime e antes de iniciado qualquer procedimento criminal, conforme os projectos de 1893, art. 143, e de 1897, art. 146.

Os projectos de 1896 e 1899, art. 125, julgaram mais commodo supprimir a dirimente, o que não se commenta.

Os projectos de 1893 e de 1897 seguiram o codigo ital.; mas o ultimo projecto de 1899. si trata da consignação, como parece no seu art. 125, omittiu o principio, como dissemos.

A commissão parlamentar, no parecer que precedeu á redacção final do projecto, diz :

« Quanto aos conceitos da *conspiração* e da *rebellião*, bem comprehendeu o autor do substitutivo que de taes crimes tratam os arts. 117, 123 e seguintes do projecto.

O elemento caracteristico do crime de conspiração — é a existencia de associação, *o que a lei pune é um contracto de sociedade contra a segurança do Estado*. Portanto *o crime que o legislador quer reprimir — é o contracto, a associação, unidade de vontade, unidade perfeita, completa, definitiva*.

« Ce qui caracterise en effet le concert, que la loi incrimine, la conspiration qu'elle frappe, c'est la resolution d'agir», diz Garraud.

Este o motivo por que não póde a Commissão aceitar a emenda, que tambem foi offerecida ao art. 90 do projecto pelo Sr. Teixeira de Sá ; parecendo mesmo á ella ser perfeitamente correcta a expressão *attentar*, que empregou no seu projecto.» [2]

Tratando do conceito de tal crime insistimos sobre o defeito ou inconveniente das formulas a que acima

---

[1] Pessina, IL NUOVO CODICE PENALE CIT., art. 134, pag. 164; o mesmo, MANUALE CIT., Part. Sec. pag. 109; ELEMENTI DI DIRITTO PENALE, vol. 3º pag. 32.

[2] PARECER CIT. pag., 10, 2ª col.

alludimos referindo-nos a autores nossos (n. 7). Essas formulas são as das figuras do principio deste titulo sobre crimes contra a patria, empregadas pelo codigo anterior, repetidas pelo vigente, mudadas pelos projectos de 1893 e 1897 e mantidas até final nos projectos de 1896 e 1899.

A mesma questão aqui suscitada por autores nossos teve lugar na Italia, dando lugar á correcção no codigo vigente que haviamos seguido.

Nos precedentes projectos, diz Carrara, definindo este crime (projecto de 1899, arts. 90, 91 e 118), fazia-se uso da palavra *attentado*, a qual, além de ser uma locução impropria para determinar o crime, era uma *fonte* de *muitas incertezas* na jurisprudencia. Taes incertezas não se referiam *sómente* ao sentido da applicação da palavra *attentado*, isto é, ao seu sentido etymologico, ou juridico, mas reflectiam *tambem* nos elementos *necessarios* para constituir o crime. Para obviar taes inconvenientes tinha sido preciso juntar ao respectivo artigo uma disposição analoga que explicasse qual era o conceito do legislador relativamente áquella palavra.

Com a definição dada do crime pelo codigo actual todas estas anomalias desappareceram, e na phrase *fatto diretto, facto tendente*, etc. (dos nossos projectos) se demonstrou claramente que com ella se attinge um principio qualquer de execução do crime mesmo.

Pessina diz tambem que a denominação de *attentado* dava lugar a *multiplas* questões. [1]

Quanto á jurisprudencia sobre a *conspiração* :

« E' um dos elementos essenciaes do crime de conspiração — o concerto criminoso entre vinte ou mais pessoas » : Acc. do Supr. Trib. Federal, 8 de abril 1899. *O Direito*, vol. 80, pag. 99.

A disposição do art. 126 tem sua semelhante no art. 135 do codigo italiano e sobre ella diz Carrara, que mira a excitação para delinquir nesta classe especial de crimes. Para que, porém, tal propaganda delictuosa constitúa um crime, é necessario que seja feita publicamente, porque só assim assume os caracteres de meio indirecto, destinado ao escopo de attentar contra a soberania ou a constituição politica do Estado.

Pessina entre outras observações diz que o codigo não estabelece aqui presumpção de cumplicidade resultante do evento. Elle incrimina por si mesmo o facto da publica excitação. Mas nem sempre o effeito verificado apresenta aquelle ligame intimo e accorde com os discursos ou factos

---

[1] Carrara, COMMENTO CIT. art. 101, pag. 74; Pessina IL NUOVO CODICE CIT., art. 101, pag. 140.

publicos que inflammaram as paixões populares, de modo a constituir o vinculo da participação no crime d'outrem. Assim que elle faz abstracção do caso do crime de Estado commettido por alguem, e no qual outros teem podido tomar parte com a especial cooperação incriminada nos arts. 63 e 64 do codigo italiano.

E se limita á esta fórma de operar delictuosa que poderia chamar-se provocação *generica* para crimes de Estado, incriminando-a por si mesma independentemente de sua efficacia em concreto, pelo perigo geral que nella se inclue. [1]

Esta interpretação adapta-se perfeitamente ao art. 126 do texto do nosso codigo contra o qual ha a notar a exigencia de circulação, por mais de quinze pessoas, dos escriptos impressos, como si estes não fossem feitos para circular o mais possivel : é uma reminiscencia do velho codigo de 1830.

O ultimo projecto repete a exigencia que os anteriores eliminaram, graduando além disto melhor as penas e caracterisando o crime sem relação com as regras geraes da cumplicidade.

O nosso codigo penal neste art. 126 do texto trata da provocação a certos crimes; mas basta confrontal-o com os projectos de 1893, art. 144 e de 1897, art. 147 para ver que a disposição ora vigente serviu-se mal das suas fontes, isto é, as correspondentes dos arts. 90, 99 e 119 do velho codigo anterior.

O defeito principal está em não attender ás varias modalidades da provocação ou excitação a crimes differentes por diversidade de gravidade e nem aos meios dissemelhantes com que se póde realizar a provocação ou excitação, por meio da imprensa ou discursos em *meetings*, reuniões publicas etc.

Os projectos de 1896 e 1899, art. 126, ainda deixam a desejar, porque são defeituosos em parte, não considerando a modalidade proveniente da diversidade ou gravidade dos crimes a que se refere.

CAPITULO II

DOS CRIMES CONTRA O LIVRE EXERCICIO DOS DIREITOS POLITICOS

CODIGO

Art. 165. Impedir, ou obstar de qualquer maneira que o eleitor vote :

Pena — de prisão cellular por quatro mezes a um anno.

---

[1] CARRARA, COMMENTO CIT., art. 135, pag. 88.
PESSINA, IL NUOVO CODICE CIT., art. 135, pag. 167.

Art. 166. Solicitar, usando de promessas ou de ameaças, votos para certa e determinada pessoa, ou para esse fim comprar votos, qualquer que seja a eleição a que se proceda :

Penas — de prisão cellular por tres mezes a um anno e de privação dos direitos politicos por dous annos.

Art. 167. Vender o voto :

Penas — de prisão cellular por tres mezes a um anno e de privação dos direitos politicos por dous annos.

Art. 168. Votar, ou tentar votar, com titulo eleitoral de outrem:

Penas — de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100$ a 300$000.

Nas mesmas penas incorrerá :

§ 1.º O eleitor que, fornecendo o seu titulo, concorrer para essa fraude;

§ 2.º O que votar mais de uma vez na mesma eleição, aproveitando-se do alistamento multiplo.

Art. 169. Impedir ou obstar, de qualquer maneira, que a mesa eleitoral ou a junta apuradora, se reuna no logar designado, ou obrigar uma ou outra a dispersar-se, fazendo violencia ou tumulto :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno e multa de 500$ a 1:500$, além das mais em que incorrer pelos crimes a que der causa a violencia.

Art. 170. Apresentar-se alguem nas assembléas eleitoraes com armas ou traze-las occultas :

Penas — de prisão cellular por um a tres mezes e multa de 100$ a 300$000.

Art. 171. Violar de qualquer maneira o escrutinio, rasgar ou inutilisar livros e papeis relativos ao processo eleitoral :

Penas — de prisão cellular por um a tres annos e multa de 1:000$ a 3:000$, além das penas em que incorrer por outros crimes.

Art. 172. Extraviar, occultar, inutilisar, confiscar ou subtrahir de alguem o seu titulo de eleitor :

Penas — de prisão cellular por um a tres mezes e multa de 100$ a 300$000.

Art. 173 Falsificar, em qualquer eleição, o alistamento dos eleitores; alterar a votação, ler nomes diversos dos que constarem das listas, accrescentar ou diminuir nomes ou listas; falsificar as respectivas actas :

Penas — de prisão cellular por um a quatro annos e multa de 1:000$ a 3:000$000.

Art. 174. Reunir-se a mesa eleitoral, ou junta apuradora, fóra do logar designado para a eleição ou apuração :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno e multa de 500$ a 1:500$000.

Art. 175. Deixar a mesa eleitoral de receber o voto do eleitor que se apresentar com o respectivo titulo :

Penas — de privação dos direitos politicos por dous annos e de multa de 400$ a 1:200$000.

Art. 176. Alterar o presidente e membros da mesa eleitoral, ou junta apuradora, o dia e hora da reunião, induzindo por este ou por outro meio os eleitores a erro :

Penas — de privação dos direitos politicos por dous annos e de multa de 500$ a 1:500$00.

Art. 177. Fazer parte, ou concorrer para a formação, de mesa eleitoral ou de junta apuradora illegitima :

Penas — de privação de direitos politicos por dous annos e multa de 300$ a 1:000$000.

Art. 178. Deixar de comparecer sem causa participada, para formação da mesa eleitoral :

Penas — de privação de direitos politicos por dous annos e multa de 200$ a 600$000.

Paragrapho unico. Si por essa falta não se puder formar mesa:

Pena — a mesma em dobro.

LEI

TITULO III

DISPOSIÇÕES PENAES

Art. 47. Além dos definidos no Codigo Penal, serão considerados crimes contra o livre exercicio dos direitos politicos os factos mencionados nos artigos seguintes.

Art. 48. Deixar qualquer cidadão, investido das funcções do governo municipal ou chamado a exercer as attribuições definidas na presente lei, de cumprir restrictamente os deveres que lhe são impostos e nos prazos prescriptos, sem causa justificada :

Pena:

Suspensão dos direitos politicos por dous a quatro annos.

Art. 49. Deixar o cidadão, eleito para fazer parte das commissões de alistamento ou eleitoraes, de satisfazer as determinações da lei no prazo estabelecido, quer no tocante ao serviço que lhe é exigido, quer no que diz respeito ás garantias que deve dispensar aos alistandos ou eleitores, sem motivo justificado:

Pena:

Suspensão dos direitos politicos por dous a quatro annos.

Art. 50. Deixar qualquer dos membros da mesa eleitoral de rubricar a cópia da acta da eleição, tirada pelo fiscal, quando isso lhe for exigido:

Pena:

De dous a seis mezes de prisão.

Art. 51. A fraude, de qualquer natureza, praticada pela mesa eleitoral, ou pela junta apuradora, será punida com a seguinte

Pena:

De seis mezes a um anno de prisão.

Paragrapho unico. Serão isentos dessa pena os membros da junta apuradora ou mesa eleitoral, que contra a fraude protestarem no acto.

Art. 52. O cidadão que usar de documento falso para ser incluido no alistamento:

Pena:

De prisão por dous a quatro mezes.

Art. 53. O cidadão que, em virtude das disposições da presente lei, fôr condemnado na pena de suspensão dos direitos politicos, não

poderá, emquanto durarem os effeitos da pena, votar nem ser votado em qualquer eleição do Estado ou municipio.

Art. 54. Os crimes definidos na presente lei e os de igual natureza do Codigo Penal serão de acção publica, cabendo dar a denuncia nas comarcas das capitaes dos Estados, ao procurador da Republica ou seccional, perante o juiz seccional e nas demais comarcas, aos promotores publicos perante a autoridade judiciaria competente.

§ 1.º A denuncia por taes crimes poderá igualmente ser dada perante as referidas autoridades por cinco eleitores, em uma só petição.

§ 2.º A fórma do processo de taes crimes será a estabelecida na legislação vigente para os crimes de responsabilidade dos empregados publicos.

§ 3.º A pena será graduada, attendendo-se ao valor das circumstancias do delicto.

Art. 55. Será punido com as penas de seis mezes a um anno de prisão e suspensão de direitos politicos por tres a seis annos, o mesario que subtrahir, accrescentar ou alterar celulas eleitoraes, ou ler nome ou nomes differentes dos que foram escriptos.

(Lei n. 35 — de 26 de janeiro de 1892.)

COMMENTARIO

18. A primeira forma de delinquir contra a actividade juridica do Estado é aquella que ataca esta mesma num dos seus primeiros e mais essenciaes fundamentos, isto é, na participação della pelo povo mesmo, graças á liberdade politica, sem a qual não haveriam instituições populares.

Dahi a regra geral de direito que impõe a um ou mais cidadãos o exercicio dos proprios direitos politicos. Mas á esta maneira de delinquir se refere com maior especialidade de determinações o delicto *eleitoral*.

O ser proprio do estado livre é o systema representativo. Os melhores, os fortes pelo intellecto devem reger o Estado por natural direito de imperio; mas é mister que para tal missão os designe a confiança das multidões que por livre suffragio lhes confiram o mandato eminente.

A verdade racional da aristocracia e da democracia, consideradas ao mesmo tempo, está exactamente na eleição como a mais pura investidura do poder.

Esta lei governa o organismo da União e estende-se aos organismos dos Estados e das Municipalidades e a todos os outros organismos sociaes que vivem a vida livre do paiz livre.

A soberania popular acha a sua actuação concreta no suffragio eleitoral; e na renovação periodica das eleições se retempera e rejuvesnece perennemente, ao mesmo tempo que com os resultados da urna, dá o seu juizo de fiscal supremo sobre o programma politico do governo e sobre a economia dos organismos singulares interiores, dos quaes se alimenta a vida da nação inteira.

O Estado não se póde dizer livre na sua actividade sem a verdade da *funcção eleitoral*, em que a soberania do povo perennemente se affirma, não só como fonte das representações communaes e estadoaes, mas sobretudo como fonte da representação nacional na constituição do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Assim, a lei eleitoral do Estado foi chamada o eixo da liberdade politica e os crimes que violam o direito eleitoral, violam o direito do Estado, na condição primordial a elle indispensavel para a sua autonomia interior.

A antiguidade classica mostra-nos essas violações nas deliberações de suas assembléas e na eleição dos magistrados pelo povo.

A Grecia pune com a morte aquelle que dá um voto duplo, assim como a compra e venda de votos.

Em Roma, as leis Poetelia, Fabia, Licinia, contemplam como criminosos o accòrdo entre dous candidatos para vencer um terceiro, isto é, as chamadas *coitiones* e a Pompeia e a Lex Julia de *ambitu* preveem como *cabala* punivel, não só a *corrupção* como o *tumulto* para conseguir suffragios — *effusae ambitus largitiones turba suffragiorum causa*.

A cabala era punida com a *acquae et ignis interdictio*, depois substituida pela *deportatio*, pelo uso dos meios violentos, connexa com *a infamia* e uma pena pecuniaria pelas simples corrupção. [1]

O codigo francez, bem e exactamente, na phrase de Pessina, a quem principalmente seguimos nestas observações, tratou de collocar numa categoria á parte e antes dos outros crimes, o attentado ao exercicio dos direitos politicos que teem sua expressão mais accentuada no exercicio do poder eleitoral. Ao mesmo codigo coube a gloria de haver formulado em tres conceitos fundamentaes a materia dos crimes relativos ao direito eleitoral. Estes foram :

1º, *negação da liberdade* no eleitor ou no comicio eleitoral ; são os crimes do texto do cod. pen. arts. 165, 169 a 171 e 175.

2º, a *fraude* na eleição, quer no *voto*, quer no *escrutinio*: cod. pen. arts. 168, 172 a 174, 176 e 177 e lei n. 35, arts. 51, 52 e 55.

3º, a *corrupção* eleitoral: cod., arts. 166 e 167.

Outras disposições consagram, o cod. pen. v. g. a do art. 178, e a lei n. 35, arts. 48 e 50, sobre deveres que incumbem aos que fazem parte das mesas eleitoraes.

Alguns criticam o systema do cod. francez e do abolido codigo, sardo, chamado seu satellite, como deficientes, pro-

---

[1] Ferrini, *apud* Cogliolo, Obr. cit. vol. 1º Part. I, pag. 263.

pondo a enumeração de disposições detalhadas sobre os factos eleitoraes. [1]

O novo cod. italiano consagra apenas o art. 139 sobre o caso; referindo-se ás leis especiaes, como se tem feito noutros paizes nos respectivos codigos.

O projecto de 1893, arts. 146 a 164 reproduziu as disposições do cod. pen. e da lei n. 35 coordenando-as devimente; os projectos, porém, de 1897, art. 149, e de 1896 e 1899, art. 127, adoptaram o systema do codigo italiano.

Qualquer, porém, que seja o systema seguido na materia, os factos delictuosos eleitoraes reduzem-se á violencia, fraude, corrupção, de funccionarios, cidadãos, eleitores e candidatos, ou á falta de exacção no cumprimento de deveres por parte dos que interveem nas funcções eleitoraes.

Feitas estas considerações geraes, historicas e philosophicas ao mesmo tempo, passemos especialmente á materia da secção, quanto aos artigos do cod. pen. e da lei n. 35 que constituem o texto a explicar.

10. O cod. pen. além de dispersar as figuras dos delictos *eleitoraes*, pois que delles tratou em dous titulos, 4º e 5º (art. 207, ns. 15 a 17), destacou os artigos do texto daqui para o referido titulo 4º, seguindo nisto o cod. italiano que neste ponto não classificou bem taes crimes ou antes delictos congeneres.

Sobre o projecto de 1893, dissemos que: em um capitulo ficaram sob o mesmo titulo os factos eleitoraes, cujo caracter politico não se lhes poderá negar.

Assim os considerou a lei n. 35 de 26 de janeiro de 1892, á vista do seu art. 54.

Si a lei, porém, podia commetter jurisdicção federal ás justiças dos Estados, é o que parece contrario ao art. 60, § 1º da Constituição.

Mas é uma questão constitucional e processual, cuja falta de solução não prejudica o proseguimento da nossa tarefa. [2]

Em relação ao projecto de 1896, dissemos justificando o de 1897:

Ao contrario, é acceitavel o alvitre de reservar para as leis especiaes a punição dos factos eleitoraes criminosos, mas neste caso a disposição unica do Cap. II precisa fazer allusão a isso e ser mais comprehensiva como é a do Cod. italiano, por um lado, e por outro restringir os factos do Codigo aos de violencia ou ameaça, etc. [3]

---

[1] Vid. Pessina, ELEMENTI DI DIRITTO PENALE. Napoli, 1882-85, vol. 3º pag. 37 e segs.

[2] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS *do projecto de* 1893, pag. 10.

[3] IDEM *idem* de 1897, pag. 9.

Os projectos anteriores de 1896 e 1897 haviam seguido esse systema, attenta a instabilidade da legislação eleitoral, mesmo na parte penal.

Assim, apezar do nosso Codigo ter começado a vigorar em 1891, salvo para o Districto Federal, em que começou em 20 de dezembro de 1890, no principio do anno de 1892 já lhe additava disposições a lei n. 35 de 26 de janeiro que contém materia de caracter criminal, penal e processual, nos arts. 47 a 55 sob o seu tit. III — disposições penaes — que faz parte do texto.

Attendendo a esse motivo, é que foi adoptado o systema do Codigo italiano sobre a materia.

Entretanto ha differença entre este codigo e os nossos projectos, porque estes só comprehendem materia eleitoral, ao passo que o art. 139 daquelle codigo deixa inteiramente de parte os delictos eleitoraes.

O art. 139, diz Majno, se applica sómente ao impedido exercicio de direitos politicos *diversos* dos direitos eleitoraes — quaes seriam o direito de *reunião* e o de *petição* ás camaras, de que tratam os arts. 32 e 57 do *Statuto* (Constituição). [1]

Assim tambem Carrara. O nosso codigo articulou profusamente a materia, ainda accrescentada pela lei eleitoral.

A jurisprudencia aqui é quasi nulla e pela propria natureza das cousas variavel, como é a dos parlamentos na verificação de poderes de seus membros, porque os factos eleitoraes violentos ou fraudulentos apresentam-se sempre sob os mais variados aspectos desde o alistamento de eleitores até o reconhecimento final e definitivo dos eleitos para as funcções nacionaes, estadoaes, ou municipaes.

Diz Puglia, que a figura mais grave do delicto contra a *liberdade* é a que viola o *direito eleitoral*, pois que o Estado, para servir-nos das expressões de Pessina, não póde dizer-se livre na sua actividade sem a verdade da *funcção eleitoral*, em que a soberania do povo perennemente se affirma, não só como fonte das representações communaes e provinciaes, mas sobretudo como fonte da representação nacional na constituição do Parlamento. [2]

Os delictos eleitoraes podem reduzir-se a tres fórmas fundamentaes: a *violencia*, a *fraude* e a *corrupção*.

A violencia póde verificar-se de dous modos, ou como pressão sobre o eleitor individualmente, ou como violencia perturbadora da obra ou dos actos dos comicios eleitoraes, commettidas por um particular ou por um funccionario ou

---

[1] Majno, Obr. cit., 1ª Parte pag. 415, n. 723. Pessina e Puglia parecem ser de diversa opinião.

[2] Puglia, Manuale di diritto penale, Napoli, 1890, 2º vol., pag. 42.

autoridade. O nosso codigo no texto, como vulgarmente se diz e frequentemente nelle se vê, *misturou* aqui *alhos com bogalhos*, confundindo ás vezes no mesmo artigo a violencia e a fraude e separando na ordem da collocação figuras semelhantes.

Entretanto offerecem exemplos de violencia individual ao eleitor praticada por um particular, o codigo nos arts. 165, 166, 172.

A mesma fórma de crime violento por parte daquelles que exercem qualquer funcção ou autoridade não está comprehendida em figura alguma do codigo neste capitulo, mas póde ser figurada como facto da mesa eleitoral semelhante áquelles commettidos por particular.

A perturbação violenta da liberdade nos comicios eleitoraes póde realizar-se em via de tumultos ou outras violencias quaesquer que sejam, que impeçam o livre exercicio dos direitos eleitoraes, ou perturbem a liberdade do voto.

Ha exemplos desta fórma no codigo, arts. 169 e 171.

A esta figura são connexas as de entrar sem direito no recinto da mesa eleitoral durante o processo : causar desordem no edificio ou lugar da eleição ; penetrar neste edificio ou lugar levando armas ostensivas ou occultas.

São exemplos destas especies algumas das configurações do codigo, arts. 169 e 170.

A *fraude nas eleições* falsifica o eleitorado ou na organisação ou formação do alistamento de eleitores, ou no suffragio ou voto dos eleitores, ou no resultado da votação.

A *falsidade* ou falseiamento do *alistamento* ou das *listas de chamada* se verifica com a inscripção indebita e cancellação ou exclusão de eleitores commettidas mediante falsidade ou artificios frudulentos, ou com qualquer alteração ou subtracção da lista eleitoral, ou com a recusa da communicação das listas, etc.

Temos exemplos dessas varias fórmas no codigo, art. 173 e citada Lei eleitoral n. 35 de 1892, arts. 48, 49 e 52.

O cod. pen. deslocou outras para o art. 207 ns. 15 a 17, tit. V. cap. I. O suffragio ou *voto fraudulento* consiste em apresentar-se alguem para votar quando está privado ou suspenso do exercicio do direito eleitoral ; em apresentar-se com o nome d'outrem a votar ; ou incumbido alguem de escrever o voto por um eleitor que não póde fazel-o por si, é surprendido no acto de escrever um nome diverso do indicado.

Ha exemplos da segunda dessas hypotheses e de outras no codigo, arts. 168, 172, 173 e lei eleitoral, art. 53.

Estes e delictos semelhantes são por via de regra commettidos por autoridades ou quem desempenha qualquer funcção eleitoral (codigo, arts. 174, 175, 176, 177, 178, Lei Eleitoral, arts. 48 e 50).

A *falsidade no computar o resultado dos votos* ou suffragios, que é outra fórma da fraude, consiste em alterar de qualquer modo na leitura as cedulas ou chapas e casos semelhantes (codigo, arts. 173 e 175, Lei Eleitoral, arts. 51, 55).

A *corrupção eleitoral* é a *venalidade do voto* e della temos exemplos no codigo, arts. 166 e 167.

São essas, na phrase de Puglia, as tres fórmas principaes de manifestação que apresenta o delicto contra o direito eleitoral, isto é, a fórma de *coerção*, impedindo a *liberdade* de eleição; a fórma da *fraude* tirando a *verdade* da eleição e a fórma da *corrupção*, tirando-lhe a *honestidade*. [1]

O Codigo Penal para a Armada expedido pelo Decreto n. 18 de 7 de março de 1891, approvado e ampliado ao Exercito pela Lei n. 612 de 29 de setembro de 1899, no Livro II, titulos 1º e 2º comprehende crimes semelhantes aos comprehendidos neste titulo e seguinte do codigo commum.

Mas não temos que nos referir a elles; porque, conforme mesmo aquelle codigo militar, art. 3º, paragrapho unico, elle só é applicavel a pessoa estranha á milicia, tratando-se de crime militar, em tempo de guerra, e não havendo para o caso disposição no codigo commum.

Entretanto notemos que discordamos da extensão que deu á lei militar o citado codigo, especialmente num trabalho especial, que já publicámos. [2]

TITULO II

DOS CRIMES CONTRA A ORDEM PUBLICA

CAPITULO I

AJUNTAMENTO ILLICITO E SEDICÇÃO

CODIGO

Art. 118. Constitue crime de sedição a reunião de mais de 20 pessoas, que, embora nem todas se apresentem armadas, se ajuntarem para, com arruido, violencia ou ameaças: 1º, obstar a posse de algum funccionario publico nomeado competentemente e munido de titulo legal, ou prival-o do exercicio de suas funcções; 2º exercer algum acto de odio, ou vingança, contra algum funccionario publico, ou contra os membros das camaras do Congresso, das assembléas legislativas dos Estados ou das intendencias ou camaras municipaes; 3º, impedir a

---

[1] Pessina, MANUALE CIT. Part. 2ª, pag. 113, § 105; Blanche & Dutruc, OBR. CIT., 2º vol., pg. 654, n. 574.
Puglia, MANUALE CIT. 2º vol. pag. 43.

[2] Do autor: DIREITO PENAL DO EXERCITO E ARMADA, Rio de Janeiro, 1898, cap. II, n. 17, pag. 41.

execução de alguma lei, decreto, regulamento, sentença do poder judiciario, ou ordem de autoridade legitima; 4º, embaraçar a percepção de alguma taxa, contribuição, ou tributo legitimamente imposto; 5º, constranger, ou perturbar, qualquer corporação politica ou administrativa no exercicio de suas funcções:

Pena — aos cabeças, de prisão cellular por tres mezes a um anno.

Paragrapho unico. Si o fim sedicioso for conseguido:

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos.

Art. 119. Ajuntarem-se mais de tres pessoas, em logar publico, com o designio de se ajudarem mutuamente, para por meio de motim, tumulto ou assuada: 1º, commetter algum crime; 2º, privar ou impedir a alguem o gozo ou exercicio de um direito ou dever; 3º, exercer algum acto de odio ou desprezo contra qualquer cidadão; 4º, perturbar uma reunião publica, ou a celebração de alguma festa civica ou religiosa:

Pena — de prisão cellular por um a tres mezes.

Art. 120. Ficam isentos de pena os que deixarem de tomar parte na sedição, ou ajuntamento illicito, obedecendo á admoestação da autoridade.

Art. 121. Quando a autoridade policial for informada da existencia de alguma sedição, ou ajuntamento illicito, irá ao logar, acompanhada do seu escrivão e força, e reconhecendo que a reunião é illicita e tem fins offensivos da ordem publica, o fará constar ás pessoas presentes e as intimará para se retirarem.

Si a autoridade não for obedecida, depois da 3ª admoestação empregará a força para dispersar o ajuntamento e mandará recolher á prisão preventiva os cabeças.

Art. 122. Os que, depois da 1ª intimação da autoridade, conservarem-se no logar e praticarem alguma violencia, incorrerão mais nas penas que corresponderem ao crime resultante da violencia.

Paragrapho unico. Si a violencia for commettida contra a autoridade, ou algum de seus agentes, a pena será imposta com augmento da terça parte.

Art. 123. Não se considera sedição, ou ajuntamento illicito, a reunião do povo desarmado, em ordem, para o fim de representar contra as injustiças, vexações e máo procedimento dos empregados publicos; nem a reunião pacifica e sem armas, do povo nas praças publicas, theatros e quaesquer outros edificios ou logares convenientes para exercer o direito de discutir e representar sobre os negocios publicos.

Paragrapho unico. Para o uso desta faculdade não é necessaria prévia licença da autoridade policial, que só poderá prohibir a reunião annunciada, no caso de suspensão das garantias constitucionaes, limitada em tal caso a sua acção a dissolver a reunião, guardadas as formalidades da lei, e sob as penas nella comminadas.

COMMENTARIO

20. E' indispensavel uma razão de ordem entre o titulo anterior e este sobre o fundamento do delicto politico e a comparação entre as revoluções e as revoltas e os factos comprehendidos nos capitulos que constituem este titulo do codigo.

O fundamento do delicto politico é a reacção natural do *misoneismo* social contra as innovações.

E daqui surge as distincções entre as revoluções propriamente ditas, que são um effeito lento, preparado, necessario, quando muito tornado mais rapido por algum genio nevrotico ou algum accidente historico e as revoltas que são uma incubação precipitada, artificial, de temperatura exagerada, de embryões destinados á morte certa.

A revolução é a expressão historica da evolução: dado um estado de povo, de religião, de systema scientifico que não seja mais correspondente ás novas condições, aos novos resultados politicos etc., ella os troca ou substitue com o minimo dos attritos e com o maximo do successo, para o qual os abalos e revoltas que provoca, si tambem delle constituem uma parte necessaria, são apenas notados e se extinguem apenas surgem: é a rotura da casca do pomo maduro. [1]

Sobre o projecto de 1893 dissemos:

Os factos comprehendidos neste titulo não são considerados, ao menos de *jure constituto*, crimes politicos, mas nos nossos codigos seguiam-se aos de conspiração e rebellião, que já foram classificados no titulo anterior.

No meio da diversidade que reina nos codigos, não só quanto á definição, como quanto á sua classificação era preferivel manter as disposições existentes, com ligeiras alterações ao codigo de 1830, que neste ponto, como em outros é mais simples e obedece racionalmente ao systema adoptado de considerar taes crimes como meios da realisação de outros.

Entretanto, o codigo vigente desconhece isso e pune como aggravada a consecução do fim sedicioso que póde ser ou o crime que tenha pena menor, ou um importantissimo crime até politico que tenha pena muito maior. [2]

Criticando o projecto de 1896 neste titulo dissemos sobre o nosso substitutivo de 1897:

A ultima razão exposta faz tambem preferir o projecto, aliás pouco alterado pela nova redacção deste titulo; entretanto, occorre notar:

Os dous primeiros capitulos estão um pouco casuisticos, contendo definições escusadas e repetindo o art. 137 o art. 133; o terceiro capitulo não melhorou o projecto, maxime quanto á proporcionalidade das penas e o ultimo está muito brando, tendo abaixado as penas e eliminado aggravantes.

A definição do art. 150 é inacceitavel, porque não caracterisa o definido e só o definido.

---

[1] Lombroso & Laschi OBR. CIT., pags. 31 e segs.
[2] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS do projecto de 1893, pag. 11.

O titulo ou epigraphe do capitulo deve ser « associação para delinquir ». [1]

Estas referencias são uteis porque queremos que o nosso trabalho aproveite ao futuro codigo se por ventura for votado.

Pessina referindo-se em geral aos crimes deste titulo diz que elles não são crimes de Estado, embora se assemelhem a estes; a sua fórma é a *violencia*, a sua substancia é a acção *individual* contra a do *Estado*.

Algumas fórmas quasi se confundem com as dos arts. 110 a 114 do nosso Cod. Pen.

O numero de agentes aggrava, mas é indifferente na incriminação de alguns dos factos deste titulo v. g. no *desacato*, previsto no art. 134.

Pessina tambem os considera como lesões á autoridade do Estado, como atacando a sua actividade juridica. [2]

Garraud separa-os bem dos politicos, mas os denomina como taes. [3]

Os principios que passamos agora a expor são applicaveis aos arts. 118 a 123 do texto do codigo, mas até certo ponto podem sel-o aos dos outros dos seguintes capitulos deste titulo.

No geral, nestes crimes a *violencia* contra a autoridade do Estado, seus representantes ou agentes não é a dos crimes politicos, não tem como escopo a organisação do Estado, a constituição ou os poderes supremos que encarnam o organismo social.

O lado material dos factos póde parecer assemelhal-os, mas na substancia o crime é differente, pelo fim que visa, qual é o de substituir a acção individual á acção da autoridade e isto por meio de violencia contra seus actos.

As condições de criminalidade são: 1º os factos devem assentar ou antes consistir em actos de força individual ou collectiva particular contra a autoridade ou seus agentes revestidos de caracter publico; 2º deve-se tratar dum acto publico legal e competente; 3º deve consistir em violencia, *concitatio populi*, *seditio*, reunião tumultuaria, revelada por actos, gritos, insultos e outras circumstancias, dirigidos contra a autoridade ameaçando a ordem publica; 4º o dolo, o concerto nos individuos que nelle tomam parte.

E' obvio que a censura por escripto e menos a verbal em reuniões publicas, mas pacificas, aos actos da autoridade não importa crime; nem mesmo os factos especificados no art. 123 do texto.

---

[1] IDEM, idem, de 1897, pag. 9.
[2] Pessina, ELEMENTI CIT. 3º vol. pag. 85.
[3] Garraud, OBR. CIT., 2º vol. pag. 488.

Diga-se entre parenthesis, que os caps. II e III deste titulo do cod. arts. 118 a 123 comprehendem um grupo ou serie de factos que os romanos caracterisando como *violencia* reduziam á denominação de *crimen vis publicae*.

Considerando-se, como faz Garraud, que os crimes *politicos* são dirigidos contra o Estado em sua fórma constitucional ou em sua actividade juridica e que o objectivo v. g. da *resistencia* é paralysar a acção da autoridade, poder-se-hia talvez classifical-a como tal, isto é, como crime politico.

Mas elle mesmo reconhece a differença entre essa rebellião e a outra: na rebellião pela guerra civil o funccionamento mesmo do governo é posto em causa por actos geraes e concertados, ao passo que na resistencia o exercicio do poder publico só é paralysado em alguns de seus meios de acção por actos isolados e individuaes e em geral estranhos á toda hostilidade politica.

21. O art. 118 define a *sedição*, aggravando no seu paragrapho unico a penalidade no caso que prevê.

Os elementos constitutivos são o numero de pessoas e o uso de violencia ou ameaça.

O arruido de que ahi se falla é incabido e poderia caracterisar o desacato, art. 134, mas não a sedição. A sedição é uma especie relativamente mais grave do que a outra.

A especie menos grave das duas figuras deste cap. II do cod. é o *ajuntamento illicito* que o cod. define no art. 119.

E' o que outros codigos, como por exemplo, o portuguez, o argentino e o hespanhol chamam *motim* ou *assuada*; mas, sempre os conceitos diversificam de codigo a codigo, variando a nomenclatura ao mesmo tempo que o conteúdo das formulas.

O ajunctamento illicito é uma fórma de violencia, mas quer contra o empregado publico, quer contra o simples cidadão ou particulares, importando um fim sedicioso em summa, mas menos grave que a sedição propriamente dita, da qual entretanto só parece differenciar-se pelo numero de pessoas.

Mas os elementos d'uma e d'outra especie, estando mal accentuados, é difficil distinguil-os, sendo, porém, de notar que o *ajuntamento illicito* não parece ter como objectivo a autoridade publica, circumstancia ou condição esta que a *sedição* nos casos previstos no texto do codigo parece tambem excluir, e isto contra a doutrina; porque, si o objectivo é a pessoa individual ou particular do funccionario, haverá um outro crime qualquer embora aggravado, mas não haverá *sedição*.

O art. 120 previne a isenção de pena nos casos nelle figurados.

Os arts. 121 a 123 estabelecem disposições communs a ambos os crimes.

O art. 121 contém materia *policial*, impropria d'um codigo penal, como lei substantiva que é.

O art. 122 menciona condições de aggravação de um e outro crime.

O art. 123 dá um conceito negativo de taes crimes.

O mesmo artigo aliás é superfluo, incabivel n'um codigo penal, e não exprimiria mais do que, si se achasse n'uma lei apropriada ao assumpto a regulamentação do art. 72 §§ 8, 9 e 12 da Constituição Federal.

Si o codigo de 1830 definio de modo mais simples a sedição do que o fez o codigo vigente, entretanto estendeu-se muito sobre o ajuntamento illicito apezar de ser uma *contravenção* ou crime *policial* como nelle se denominava.

Por tudo isso taes disposições não figuram nos projectos de 1893 e 1897 que se limitaram a conceituar apenas em quatro artigos um e outro crime, contemplando os casos de isenção e de aggravação de pena.

Parece que a fonte do nosso codigo vigente nesta parte foi o codigo argentino. [1]

«Para o crime de sedição é essencial o concurso de vinte pessoas. Intelligencia dos arts. 118 e 119 do codigo penal.» *Sentença* do Supremo Tribunal Federal — *O Direito*, vol. 81, de 1900, pag. 233.

CAPITULO II

RESISTENCIA

CODIGO

Art. 124. Oppor-se alguem, com violencia ou ameaças, á execução de ordens legaes emanadas de autoridade competente, quer a opposição seja feita directamente contra a autoridade, quer contra seus agentes ou subalternos :

§ 1.° Si, em virtude da opposição, a diligencia deixar de effectuar-se, ou effectuar-se, soffrendo o executor da parte dos resistentes, qualquer lesão corporal :

Pena — de prisão cellular por um a tres annos.

§ 2.° Si a diligencia effectuar-se não obstante a opposição, sem que o executor soffra, da parte dos resistentes, alguma lesão corporal :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a um anno.

Art. 125. O mal causado pelo executor na repulsa da força empregada pelos resistentes não lhe será imputado, salvo excesso de justa defesa.

---

[1] Dr. Rivarola, *obr. cit.* 3° vol. pag. 22 ns. 936 e segs.

COMMENTARIO

22. Este capitulo do codigo comprehende tambem o art. 126 que já commentámos no titulo anterior ao qual tambem se referia. (Tit. I, cap. I, secção IV, n. 17.)

Os arts. 124 e 125 do texto contemplam a resistencia.

Além do elemento intencional que a distingue de outros crimes, politicos e graves, como já vimos, e que deve comprehender um ataque á autoridade e não sómente á pessoa que a exerce e com sciencia do caracter publico do funccionario, a *resistencia* presuppõe a *violencia* ou *ameaça* por um particular contra o depositario da autoridade publica ou contra o funccionario no exercicio legitimo de suas funcções.

Conforme o cod. ital. as condições essenciaes que elle estabelece, diz Pessina, sem repetir o nome de rebellião, mas designando-o como *resistencia*, para tal crime são:

1º, que se use de violencia ou ameaça contra um official publico no sentido lato do art. 207;

2º, que ella tenha lugar, com o escopo de oppôr-se á sua actividade emquanto cumpre os deveres do seu officio, ou de oppôr-se aquelles que pelo official publico são chamados para prestarem-lhe assistencia no desempenho de suas funcções.

Não ha resistencia, entre nós, sem ordem legal de autoridade competente. Este principio resulta claramente do conceito da resistencia contido no art. 124 do texto e ainda do art. 229 do Cod. Pen. que pune o executor de ordens illegaes e ao mesmo tempo define as ordens e requisições illegaes, conforme a seu tempo veremos.

Portanto, esse art. 229 assim como o 228 que pune tambem ao que expede ordem ou faz requisição illegal são os reguladores da applicação dos arts. 124 e 125 sobre a resistencia.

Relativamente a este delicto de violencia contra os orgãos do poder social, diz Pessina, quer na fórma de constrangimento para fazer ou omittir qualquer acto, quer na fórma de ultrage, violencia ou ameaça á pessôa do official publico ou feita *in officio*, ou feita *propter officium*, o novo cod. pen. ital. consagrou o principio da *resistencia legal*, enunciando-o textualmente em vez de abandonal-o ás incertezas da interpretação dos tribunaes.

A questão da resistencia aos actos arbitrarios e illegaes das pessôas revestidas do poder social dava lugar, no silencio do codigo francez e dos italianos anteriores a duas jurisprudencias contrarias entre si, uma propugnada pelos tribunaes francezes, isto é, que o arbitrio e a illegalidade dos orgãos da autoridade social não dão direito á resistencia, mas sómente a queixar-se da injustiça soffrida, e a outra

propugnada pelos tribunaes italianos, isto é, que o depositario da autoridade ou da força publica, incorrendo em arbitrio ou violencia, deve considerar-se como qualquer outro particular. [1]

Já no direito romano continha-se a consagração do direito de resistencia ás illegalidades e aos actos arbitrarios dos orgãos do poder. E os glosadores e tratadistas antigos de direito penal acolheram quasi todos este principio.

Mas elle foi tambem vigorosamente firmado no direito inglez; e contra Hobbes, sustentador da opinião contraria, surgiram Loitre Algernon Sydney e Milton; assim que o principio da resistencia legal tornou-se tradicional no meio do povo inglez. [2]

Em França a lei penal de 1791 exige para o crime de resistencia a condição que o depositario da autoridade obre legalmente na esphera de suas funcções; e o mesmo preceito na lei napolitana de 1808 sobre crimes e penas.

O codigo francez, porém, de 1810 eliminou a condição firmada pelo codigo de 1791; pelo que ós arestos da Côrte de Cassação franceza interpretaram a eliminação da condição de *legalidade do praticado* pelo *poder social* no sentido da doutrina autoritaria. Mas o principio da resistencia legal foi acolhido no direito penal americano (codigo da Luiziania e codigo do Brazil). E na Allemanha o codigo de 1870 no art. 113 estabeleceu que para incriminar a resistencia se exige que os executores de justiça se achem no legitimo exercicio de suas funcções.

Muito bem, portanto, o novo cod. ital., tanto a respeito do crime de violencia ou resistencia á autoridade (art. 192), quanto a respeito do delicto de ultrages e violencias aos depositarios da autoridade (art. 199), firmou o principio de que não se deveria applicar as normas rigorosas de punição, em homenagem ao direito de resistencia legal, quando o individuo revestido de autoridade tenha dado caso aos factos violentos, aos ultrages, ás ameaças, excedendo com actos arbitrarios, os limites de suas attribuições. [3]

23. Conforme as nossas leis, o direito de resistencia em seus legitimos termos:

1.º Annulla a incriminação pelos factos em geral de que tratamos.

---

[1] Vid. Blanche & Dutruc, Obr. cit. 4º vol. pag. 81, ns. 46 e segs. Em contrario, Garraud, Obr. cit. vol. 3º n. 380.

[2] Stephen, A. Digest etc. cit. pag. 159, art. 221.

[3] Pessina, Il nuovo codice penale cit. art. 190, pag. 216; O mesmo, Manuale cit. Part. sec. § 149, pag. 157.

2.º O cod. pen. autorisa expressamente esse direito quando declara :

« Art. 35. Reputar-se-ha praticado *em defesa* propria ou de terceiro:

§ 2.º O crime commettido *em resistencia a ordens illegaes*, não sendo excedidos os meios indispensaveis para impedir-lhes a execução.»

O recurso á outra autoridade póde bastar, mas quando for impossivel, a defesa é legitima.

3.º O exame do facto é sobre a objectividade do acto e não sobre a subjectividade do agente que abusa ou excede-se.

4.º Entretanto nos termos mesmos do art. 35 § 2º cit. póde haver no caso não justificativa, mas simples attenuante conforme o cod. pen. quando diz :

« Art. 42. São circumstancias attenuantes :

« § 4.º Ter o delinquente commetido o crime *oppondo-se á execução de ordens illegaes*.» [1]

Aquelle caso (do art. 35 § 2º) é uma especie de *pendant* do art. 125 do cod. (e art. 82 do cod. do proc. crim.). Desde que o legislador autorisa o agente da autoridade a matar até aos que resistem ás ordens legaes, deveria autorisar, como autorisa, a *resistencia* por parte do cidadão ás ordens illegaes. [2]

Effectivamente repete-se nas nossas leis :

« Art. 91. Si o réo resistir com armas, o executor fica autorisado a usar daquellas que entender necessarias para sua defesa e para repellir a aggressão, e em tal conjunctura o ferimento ou *morte* do réo *é justificavel*, provando-se que de outra maneira corria risco a existencia do executor.» C. do Proc. art. 182; C. P. art. 125. [3]

Quando redigimos em 1889 um ante-projecto da nova edicção official do cod. crim. de 1830, neste ponto dissemos o seguinte :

Não substitui esta disposição, art. 116 do cod. crim. anterior (art. 125 do cod. pen. vigente) pela do art. 182 do cod. do proc. crim., porque este ultimo cod. parece alludir a um caso de crime justificavel (cod. crim. art. 14, cod. pen. arts. 32 e 35), ao passo que o cod. crim. indubitavelmente allude ao caso de não criminalidade (cod. crim. art. 10 § 3º, cod. pen. art. 27 § 5º); e tanto assim parece que no meu *Ensaio de Direito Penal* (pag. 98) considerei como conceito legal da *violencia* prevista no art. 10 § 3º (cod. pen. art. 27 § 5º) o dispositivo do art. 117, no ante-projecto, art. 115, (art. 125 do cod. pen.).

---

[1] Do autor : COD. PEN. COMMENTADO CIT. vol. 1º pag. 37, n. 87, 2º vol. pag. 173, n. 127.

[2] Do autor : ENSAIO DE DIREITO PENAL, Pernambuco, 1884, pag. 190.

[3] *Consolidação das leis referentes á* JUSTIÇA FEDERAL, Imprensa Nacional, 1899, pag. 94.

Sob o regimen do cod. do proc. crim. a questão não teria effeitos praticos; mas, avista da lei n. 2033 de 20 de setembro de 1871, art. 20, os casos do art. 10 do cod. crim. (cod. pen. art. 27), são do conhecimento e decisão do juiz formador da culpa, ao passo que os crimes do art. 14 (cod. pen. arts. 32 a 35) são só da competencia do Jury.

Não me julguei tambem autorisado a incluir no cod. crim. o art. 183 do cod. do proc. crim. que amplia a disposição do art. 182, porque em todo caso as disposições processuaes citadas poderão ser applicadas, como melhor entendel-as a jurisprudencia dos tribunaes nas especies occurrentes, sendo certo que o estado actual da legislação parece conciliar-se com a doutrina do Aviso n. 273 de 7 de julho de 1868. [1]

5.º Mas agora, como dissemos acima, o regulador deve ser o art. 229, 2ª parte, de cod. penal :

« São ordens e requisições illegaes as que emanam de autoridade *incompetente*, as que são *destituidas* das solemnidades externas necessarias para a sua validade, ou são *manifestamente* contrarias ás leis.»

Este art. 229, assim como o art. 228, relaciona-se sobre a questão da obediencia hierarchica com o art. 28 de cujo conteúdo tratamos noutros livros. [2]

6.º Mas está subentendido que nenhum direito póde assistir a quem quer que seja de obrigar um funccionario a praticar um acto, embora justo, porque a falta que dahi póde advir será remediada de outro modo.

7.º Os actos illegaes e arbitrarios da autoridade podem ser considerados, *non in officio*, porque actos violentos sahem da esphera de suas attribuições; e igualmente póde-se dizer que não são *propter officium*, porque não é acto proprio de autoridade aquelle que tem provocado a reacção, e mais proprio do homem particular o exceder-se em injurias e violencias. [3]

Portanto, o conceito da resistencia está subordinado naturalmente a certos principios rigorosos.

Não ha resistencia sem ordem legal de autoridade competente: art. 229.

Assim em vez de um crime, a resistencia, nos termos do art. 35 § 2º, póde ser o simples exercicio de um direito.

No caso de excesso haverá crime, mas attenuado conforme a circumstancia do art. 42 § 4º.

---

[1] Do autor : NOVA EDICÇÃO OFFICIAL DO COD. CRIM. DO IMPERIO DO BRAZIL — *Ante — projecto etc*. Recife 1889 (inedito), art. 116, not. 18.

[2] Do autor: COD. PENAL COMMENTADO ETC. 1º vol. pag. 326 n. 79 ; do mesmo, DIREITO PENAL DO EXERCITO E ARMADA, Rio de Janeiro 1898 pag. 94 ns. 34 e seguintes.

[3] Zanardelli, RELAZIONE II, pag. 1.

O regulador, repetimos, é o art. 229, parte 2ª.

Não ha tambem resistencia na opposição á prisão *em flagrante* effectuada por um *particular*.

Este principio irrecusavel resulta da propria indole da resistencia que presuppõe como extremo ou elemento constitutivo um acto de força dirigido contra a autoridade, seus agentes ou cidadãos chamados a prestar-lhes auxilio, na presença de official publico ou por elle acompanhados.

E' a solução geral da doutrina. [1]

O art. 126 que está neste capitulo do cod. desde que se referia a todos os outros capitulos do titulo antecedente o transportamos para ahi e já o commentámos (n. 17 *in fine*).

Dissemos algures: a *resistencia* foi assumpto de censura que relaciona o respectivo artigo com outros.

A redacção do *projecto* (de 1893) art. 160 é a do cod. ant. art. 116; o art. 118 continha um conceito theorico improprio e incabivel aqui.

A *força* comprehende a *violencia* e a *ameaça*, empregadas por outros codigos. Nem ha uniformidade nessas expressões, o cod. francez e o de Monaco empregam tambem os termos « *vias de facto* ».

Quanto á jurisprudencia:

« A ordem de prisão expedida sem as formalidades legaes é inexequivel e por isso a resistencia opposta á sua execução não constitúe crime. Mas, no caso de *flagrante* delicto, *toda* opposição á ordem de prisão contra o delinquente *importa* crime » : Acc. Relação *Ouro Preto* — *O Direito* vol. 9º pag. 333

A segunda parte é contra a doutrina, como vimos, sendo elemento da resistencia a *vis* contra a *autoridade*.

No sentido da primeira parte e de ambas — *O Direito*, vol. 10 pags. 58 e 60.

« Não se dá o crime de resistencia á ordem legal, desde que se não prova a existencia de tal ordem »: Accs. Rel. *Porto Alegre* 1881 — *O Direito*, vol. 27, pag. 209.

Nos termos do art. 124 do cod. pen. para que a resistencia se torne delictuosa não basta a opposição manifestada por violencia ou ameaças : é elemento essencial do delicto que a ordem seja legal e emanada de autoridade competente. Quem resiste á uma ordem de prisão, dada em caso que a lei não permitte, não commette crime, exerce um direito»: *Decisão* do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Trib. Civ. e Criminal — 25 julho 1896.

---

[1] Majno, COMMENTO CIT. Part. 1º pag. 565, n. 960 ; Manduca, *apud.* Cogliolo, OBR. CIT., vol. 2º Part. II, pag. 1362.

« Commette crime de resistencia quem se oppõe á execução de uma ordem legal de autoridade competente »: *Idem idem*, 12 junho 1895. [1]

CAPITULO III

EVASÃO E NÃO CUMPRIMENTO DE PENA

CODIGO

Art. 127. Tirar, ou tentar tirar, aquelle que estiver legalmente preso, da mão e poder da autoridade, de seus agentes e subalternos, ou de qualquer pessoa do povo, que o tenha prendido em flagrante, ou por estar condemnado por sentença :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a um anno.

Paragrapho unico. Si para esse fim se empregar violencia, ou ameaças, contra a pessoa :

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos.

Art. 128. Acommetter qualquer prisão com força e constranger os carcereiros, ou guardas, a facilitarem a fugida dos presos :

§ 1.° Si esta se verificar :

Pena — de prisão cellular por dous a seis annos.

§ 2.° Si a fugida não se verificar :

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos.

Art. 129. Fazer arrombamento na cadeia, por onde fuja ou possa fugir o preso, para esse mesmo fim praticar escalada, violencia, ou usar de chaves falsas :

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos.

Art. 130. Facilitar aos presos por meios astuciosos a sua fugida :

Pena — de prisão cellular por tres mezes a um anno.

Art. 131. Consentir o carcereiro, ou pessoa a quem for confiada a guarda, ou a conducção do preso, que este fuja :

Pena — de prisão cellular por um a tres annos.

Art. 132. Deixal-o fugir por negligencia :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a um anno.

§ 1.° Si a fugida for tentada, ou effectuada, pelos mesmos presos, serão punidos de conformidade com as disposições regulamentares.

§ 2.° Fugindo, porém, os presos por effeito de violencia contra o carcereiro ou guarda :

Pena — de prisão cellular por tres mezes a um anno, além de outras em que incorrerem pela violencia commettida.

Art. 133. Arrombar, ou acommetter qualquer prisão com força para maltratar os presos :

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos.

---

[1] Viveiros de Castro, SENTENÇAS E DECISÕES *em materia criminal*, Capital Federal, 1896, pags. 36, 242 e 251.

COMMENTARIO

24. No começo deste titulo já demos a razão por que neste capitulo mantivemos no projecto de 1897 as disposições do de 1893, preferindo estas ás do projecto de 1896.

O codigo no cap. IV deste titulo que encima os artigos do texto comprehende os crimes que os italianos chamão *violada custodia*.

O codigo é lacunoso e defeituoso neste cap. revisto e corrigido por todos os projectos posteriores.

O capitulo comprehende varias figuras que se assemelhão até certo ponto, sem que entretanto se deixem de differenciar sob outros aspectos.

Os codigos costumam approximar a *evasão dos presos da ruptura do banho;* o francez as separa, o nosso faz o mesmo, incluindo outras especies.

O assumpto impõe distincções, acarretando consequencias differentes, conforme se trata :

1º, de simples *detentos* : art. 127, 2ª hypothese.

2º, de *condemnados* : art. 127, 3ª hypothese.

Tambem entre os arts. do codigo esse é o unico onde elle se refere a presos de modo a distinguil-os.

Mas ainda é mister distinguir :

1º, si o preso se evade *por si só*, art. 132, §§ 1º e 2º ;

2º, ou mediante o auxilio *d'outras* pessoas : arts. 127 a 130 ;

3º, ou mediante o auxilio *dos que* o occultam ;

4º, ou com auxilio de agentes do poder publico : arts. 131 e 132, 1ª parte.

A evasão póde ser *simples* ou *qualificada*, conforme não haja ou haja violencia : art. 127 § unico ; arts. 128 a 130 e 132 §§ 1º e 2.º.

A falta de violencia isenta da pena o preso, simples detento ou condemnado, porque o codigo não distingue, salvo a do delicto distincto e praticado como meio de evadir-se ; é a solução do codigo, art. 132 § 1º.

A ruptura do banho é sempre punivel. A razão é clara, o detido tem a seu favor o impulso natural da liberdade, mas o que viola a sentença que não é de privação de liberdade, não a cumpriria sem a ameaça de uma pena applicavel.

O codigo penal, entretanto, não os pune, tendo se esquecido de reproduzir neste capitulo o art. 54 do codigo criminal anterior, sem duvida por achar-se no antigo codigo em parte diversa.

A proposito e notando ainda outras lacunas, dissemos justificando o projecto de 1893 :

O capitulo sobre *a evasão de presos* foi additado com a materia do art. 54 do codigo anterior e ligeiramente modificado.

. . . .

No codigo actual nem figura aquelle artigo, ficando impune a evasão do condemnado com violencias contra as cousas, nenhum accrescimo resultando para a pena.

Só se sujeitou á pena de violencia contra o carcereiro ou guarda o simples *detento*, adoptando assim disposição do codigo da Baviera, elogiado pelo Dr. Thomaz Alves. [1]

E' uma simples modificação aos codigos revistos.

Releva notar que o projecto quando se refere ao preso, comprehende o detento e o condemnado ; é a razão por que para evitar duvidas os arts. 178 e 179 se referem aos condemnados que o novo codigo não prevê na hypothese e o anterior no art. 54 punia com excessivo prolongamento de pena, aliás injustificavel.

Deve-se notar que essa prorogação da pena só se póde applicar ás evasões violentas e o art. 54 além de não distinguir, refere-se á evasão da prisão, quando póde ser da mão dos guardas, de um vehiculo de conducção ou de outro logar que não seja prisão propriamente dita, mas um estadio da prisão ou detenção, por exemplo.

Si a autoridade, pela sociedade deve guardar com segurança seus condemnados, a fuga artificiosa não é punivel ; porque o sentimento de liberdade, sendo quasi tão imperioso como o da conservação, por que punil-o ? [2]

Poder-se-hia vêr como casos de ruptura de banho não neste capitulo, mas na parte *geral* as hypotheses do art. 51 e 52 do nosso codigo penal ; mas não se póde considerar como caso de inobservancia ou não cumprimento de pena a especie do art. 400 do codigo penal.

Convém notar que não é um caso identico, ainda que não previsto pelo nosso Cod., o daquelle do condemnado que se ausenta do local onde trabalhava em campo aberto ou de um estabelecimento industrial, etc., porque ahi pune-se o abuso de confiança depositada no profugo.

Em todos aquelles casos, embora a isenção de pena do preso, os terceiros são sempre punidos, sejam *auxiliares* ou *receptadores*.

Nós não temos *receptadores* desta especie muito differente da que prevê o Cod. Pen., art. 21 §§ 3º e 4º, conforme observa Blanche, sobre o cod. francez que contém ambas as especies.

25. Os tratadistas nesta materia reduzem todas as especies deste cap. á *eximição*, ou *tirada*, á *evasão* ou *fuga* e á *effracção* do carcere, ou *arrombamento de cadêa*.

---

[1] Thomaz Alves, ANNOTAÇÕES AO CODIGO CRIMINAL, 2º tom. pag. 372, art. 126.

[2] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS do *projecto* de 1893, pag. 11.

O Cod. toscano considerava como um caso de rebellião, que elle denomina de resistencia, o que intitula de *esimizione*, isto é, o facto de livrar alguem pela força da prisão effectuada pelos agentes do poder ou da força publica; é justamente a figura da *tirada* qualificada prevista no art. 127 paragrapho unico do nosso Cod. Pen.

E' uma especie que em certas circumstancias dará lugar a duvidas na pratica, si deve ahi comprehender-se ou no art. 124, dependendo a solução se é ou não resistencia das condições particulares em que se realizar o facto criminoso.

Neste ponto ha duas questões a resolver.

A primeira é que só ha consumação destes crimes quando o evadido adquire a liberdade, subtrahindo-se de todo e inteiramente ao carcere.

A outra questão é sobre a distincção juridica a que alludimos entre evasão com violencia e resistencia, hypotheses dos arts. 124 e 127 paragrapho unico. Este paragrapho contém um caso de resistencia sob o nome de evasão, mas justificavel para as necessidades praticas que aconselhão reunir as especies semelhantes pelos seus caracteres de objectividade.

Mas, rigorosamente, em theoria, ha no caso resistencia.

Emquanto o preso está nas mãos dos agentes ou da policia para ser conduzido á prisão e emprega a força para subtrahir-se á ella, ha *resistencia*, art. 124, porque elle ainda não foi recolhido ao carcere, mas esta é a hypothese do paragrapho unico do art. 127 que está no Cod. sob a outra epigraphe de «tirada e fugida de presos do poder da justiça, etc.».

A evasão só surge quando o individuo é recolhido ao carcere e deste momento em diante foge elle dahi ou do poder dos guardas quando é conduzido para fóra da prisão, ou de um tribunal e suas dependencias, da sala de audiencias, etc... isto continúa a ser evasão.

Estas distincções têm o maior alcance pratico porque nos casos occurrentes é de rigor resolver com exactidão si se trata de resistencia ou evasão porque as penas respectivas dos arts. 124 e 127 são differentes n'um e n'outro caso.

Em geral, chama-se *eximição* o facto de subtrahir á justiça uma *cousa* ou pessoa sobre a qual ella tivesse posto a mão e se achasse em uma caserna, albergue, em uma estação publica ou em casa particular, em qualquer logar, desde que tratando-se de pessoa não esteja dentro de um carcere.

O nome de *evasão* é dado ao delicto de quem foge ou faz-se fugir de um carcere.

Distinguem, emfim, denominando-a de *effracção*, aquella especie de evasão que se commette rompendo uma parte externa ou interna do carcere, cuja integridade é objecto do direito de todos os cidadãos, aos quaes interessa que seja seguro aquelle logar onde a maior parte das disposições penaes têm a sua sancção e efficacia pratica. Arrombado o carcere, alarmam-se todos com o perigo que não só o evadido, mas outros presos podem sahir, tornando graves e difficeis as condições da segurança e defeza tanto publica, como privada. [1]

O nosso Cod. emprega as expressões *tirada* ou *fugida* de presos e *arrombamento* de *cadêas*.

A distincção entre a *resistencia*, art. 124 e a *tirada*, art. 127, consiste n'uma circumstancia ou condição de tempo. Si a prisão está realisada ha a tirada ou *eximição*, si ainda não está, ha resistencia.

A materia deste capitulo suscita outras questões.

Assim com relação aos presos não comprehende, os que se acharem detidos por dividas civis ou em casos semelhantes, como v. g. de *detenção pessoal*.

A lei só se refere a factos penaes cuja impunidade acarreta um prejuizo social.

Depois, a fonte do codigo foi o nosso codigo anterior art. 54 que media a pena do evadido pela pena que se achava elle cumprindo no momento da evasão.

Do mesmo modo é assim interpretado o codigo italiano, fonte geral do nosso; sendo aliás esta mesma a doutrina geral dos autores, forçosamente porque seria impossivel calcular uma pena para quem não cumpre pena alguma. [2]

A mesma solução merece a questão de saber, si o que é detido para ser extraditado póde incorrer em taes crimes.

Os autores divergem inclinando-nos á opinião de Blanche contra a de Ferranti que aliás considera para interpretar o codigo italiano que este considerou até certo ponto o facto da extradicção como um negocio *judiciario*.

Ora, neste ponto o nosso codigo penal que refere-se apenas á extradicção no art. 5º, afastou-se absolutamente do systema do codigo italiano, aliás seguido aqui pelos projectos posteriores. Von Liszt segue a opinião affirmativa quanto aos prisioneiros de guerra, e negativa quanto á apprehensão feita por um particular. [3]

---

[1] Innamorati, *Sui delitti contro* L'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA, Roma, 1895, pag. 404.

[2] Majno, OBR. CIT. Parte I, pag. 662, n. 1.115, arts. 226 e 227. Blanche & Dutruc, OBR. CIT., 1º vol., pag. 238, n. 168.

[3] Ferranti, *apud* Cogliolo, OBR. CIT., vol. 2º, parte I A, pag. 128, ns. 2 a 4: von Liszt, OBR. CIT., 2º vol., pag. 468; Blanche, *loc. cit.*, pags. 238 e 241, ns. 168 e 169.

Defendendo o nosso projecto de 1893, dissemos:

O titulo « da evasão e não cumprimento de pena » remodelado como foi e com as variantes que nelle figuram, não póde absolutamente ser outro.

A censura quando lembra a correcção é sempre infelicissima.

As epigraphes semelhantes dos nossos codigos não comprehendiam as figuras — do não cumprimento de pena — expressões estas mais precisas do que as do codigo portuguez — dos que não cumprem as condemnações—. Isto equivalerá a *tirada* e *fugida* de presos?

Sim, pela cartilha velha, não pela nova

Isto não é *mero resultado* do delicto de evasão.

O não cumprimento da pena é que póde ser resultado de tudo, fallando em geral, mas a evasão comprehende todas as outras figuras que a censura sem senso critico, nem pratico, quer caracterisar pelos meios diversissimos que a evasão presuppõe. [1]

Ha uma lacuna no codigo italiano e nos nossos, graças á qual não é punivel especialmente o facto de alguem consentir que o preso saia do carcere abusivamente para qualquer fim, embora volte de novo a elle espontaneamente.

As autoridades ou os seus agentes, que para isso concorrerem poderão ser responsabilisados criminalmente, mas o facto não constitue crime especial. [2]

Quanto á jurisprudencia sobre este capitulo: « Não constitue tentativa do crime do art. 123 do codigo criminal (cod. penal, art. 129) o simples facto de fornecer aos presos instrumentos necessarios para o arrombamento. Não ha cumplicidade quando o facto principal escapa á sancção penal.» Sentença no *Direito*, vol. 4º, pag. 275.

« Julgamento em que se condemna o réo ás penas da 1ª parte do art. 125 do codigo criminal (cod. pen., art. 131) é nullo desde que se tiver omittido, em conformidade com o libello, onde deixou ella de ser articulada, quesito sobre a circumstancia da *connivencia*, embora haja a affirmativa do jury sobre a *esperança de recompensa* por parte do réo como circumstancia aggravante que é». Acc. *Ouro Preto*, 1874. *O Direito*, vol. 6º, pag. 496.

« Tomar pessoa presa em *flagrante* delicto do poder do official de justiça ou de qualquer pessoa do povo constitue a especie do art. 121 do codigo criminal.

O art. 120 suppõe prisão effectuada em virtude de mandado de autoridade competente.» Acc., *Fortaleza*, 1876. *O Direito*, vol. 12, pag. 154.

---

[1] O PROJECTO DO COD. PEN., ETC., pag. 51.
[2] Vide Majno, OBR. CIT., 1ª parte, art. 226.

Ambos os artigos correspondem ao 127 do codigo penal:

« Não é passivel da penalidade do art. 121 do codigo criminal (codigo penal, art. 127) quem tira da mão e poder de qualquer pessoa do povo um individuo, preso illegalmente, por não ter sido a sua prisão em *flagrante* e nem estar condemnado por sentença.

A simples voz de prisão não equivale á prisão em flagrante, que não existe sem o termo (auto) do art. 132 do codigo de processo criminal.» Sentença no *Direito*, vol. 30, pag. 75.

« Não constituem os crimes definidos nos arts. 124 e 333 do codigo penal o facto de um escrivão demittido não restituir ao jury a portaria que o demittira e por este fôra exigida, nem tambem o da recusa de alguem entregar a dita portaria, que o ex-escrivão lhe confiára.» Acc. do Supremo Tribunal Federal, 27 de abril de 1898. *O Direito*, vol. 77, pag. 419.

CAPITULO IV

DESACATO E DESOBEDIENCIA

CODIGO

Art. 134. Desacatar qualquer autoridade, ou funccionario publico, em exercicio de suas funcções, offendendo-o directamente por palavras ou actos, ou faltando á consideração devida e á obediencia hierarchica:

Pena — de prisão cellular por dous ou quatro mezes, além das mais em que incorrer.

Paragrapho unico. Si o desacato for praticado em sessão publica de camaras legislativas ou administrativas, de juizes ou tribunaes, de qualquer corporação docente ou dentro de alguma repartição publica:

Pena — a mesma, com augmento da terça parte.

Art. 135. Desobedecer a autoridade publica em acto ou exercicio de suas funcções, deixar de cumprir suas ordens legaes, transgredir uma ordem ou provimento legal emanado de autoridade competente:

Pena — de prisão cellular por um ou tres mezes.

Paragrapho unico. Serão comprehendidos nesta disposição aquelles que infringirem os preceitos prohibitivos de editaes das autoridades e dos quaes tiverem conhecimento.

COMMENTARIO

26. O cap. V deste titulo do codigo comprehende o desacato e desobediencia previstos nos arts. 134, 135 e seus paragraphos do texto.

O *desacato* seja moral ou material inclue a violencia.

São duas as suas fórmas juridicas que se concretisão no ultrage moral — *verbis* — ou no ultrage material — *injuria re facta*.

O desacato ou ultrage é a *injuria atrox* ou a *injuria realis-vel in officio, vel propter officium*.

Os seus modos de externação são a palavra, o gesto, a ameaça, ou qualquer outra violencia.

Os factores de natureza de ordem geral são a offensa moral ou material infligida na presença mesmo da victima, individualidade singular ou collectiva; o ultrage verbal ou physico tendo logar *propter officium*, ou por causa das funcções; a existencia do nexo do facto com as suas funcções é o objectivo do delicto que deve integrar-se no attentado á honra ou á rectidão da autoridade, d'um funccionario publico ou d'uma pessoa legitimamente encarregada d'um serviço publico. [1]

No direito italiano esta fórma de delinquir tem duas especies.

Uma é a offensa, de qualquer modo feita, com palavras ou actos, á honra, á reputação ao decoro, de um membro do parlamento ou d'um *official publico*, desde que se pratique o facto em sua presença e por causa das suas funcções (*in-officio, et propter officium*).

A outra especie é a de offender por palavras ou actos, de qualquer modo a honra, a reputação, o decoro d'um corpo judiciario, politico ou administrativo na sua presença ou de um magistrado em audiencia.

O nosso codigo, art. 134, além de usar d'uma phraseologia muito pobre no caso, fundiu as duas especies n'uma só; ou antes, considerou uma como aggravante da outra, caracterisando-as tão mal que é difficil saber si o facto que ella aggrava no paragrapho unico está comprehendido na primeira parte do artigo.

Assim, por exemplo, é aggravado o desacato feito em sessões publicas de *camaras legislativas*, mas o artigo não se refere absolutamente a *deputado* e sómente a qualquer *autoridade* ou *funccionario publico*, entre os quaes não se póde comprehender o deputado ou senador.

Uma norma commum a ambas as especies de ultrage, diz Pessina, seja contra pessoas individuaes, seja contra pessoas collectivas, é que não é admittida a prova da verdade, nem da notoriedade dos factos ou das qualidades attribuidas á pessoa offendida; porque uma cousa é discutir a conducta do homem ou do funccionario publico em homenagem ao principio da responsabilidade moral dos

---

[1] Manduca, *apud* Cogliolo *cit.*, 2º vol. Part. II, pg. 1380; Garraud, OBR. CIT., 3º vol., pg. 545.

orgãos do poder, mas outra cousa é o *ultrage pessoal*, que na hypothese prevista pela lei constitue um ultrage á autoridade do Estado. [1]

Esta doutrina adapta-se perfeitamente á nossa lei, não só pelas razões em que se funda, como tambem porque o nosso codigo, art. 134, calcado sobre o italiano, que lhe serviu de fonte, silencia, além de que a disposição do art. 318 sobre a injuria e diffamação simples, restringe muito, mesmo a respeito destas, a *exceptio veritatis* e a *famigerada* notoriedade dos factos, parecendo-nos irrecusavel tal solução.

Si o desacatado tiver dado causa ao facto excedendo por actos arbitrarios os limites de suas attribuições, *quid juris?*

O nosso codigo silencia tambem neste ponto, mas a sua fonte foi o italiano, que em tal caso não admitte desacato.

A'cerca da resistencia já vimos tambem que quando a ordem exequenda é illegal surge o direito de resistencia legal por parte do cidadão supposto resistente, como um dos casos expressos de defesa legitima no art. 35 § 2º (ns. 22 e 23).

Por analogia é a solução que damos e nem é uma objecção a disposição do art. 1º, 2ª parte do codigo, porque o que veda é que por tal processo ou por paridade se interprete por extensão para qualificar crime ou applicar-lhe pena.

« Commette os crimes dos arts. 134 e 211 § 1 do codigo penal o empregado publico que abandona o emprego em *desrespeito* ás ordens legaes de seus superiores.» Accordão do Supremo Tribunal Federal de 18 de março de 1896. [2]

Esse aresto parece referir-se ao art. 135, da *desobediencia* e não ao art. 134, que prevê o *desacato*, pois que diz, cujas ordens desobedeceu, mesmo porque o desacato presuppõe a *presença* do desacatado, o que não se verificou.

Quanto ao merito da decisão, não conhecendo os factos da causa, entretanto parece-nos muito duvidoso no caso o *concursus realis* da falta de exacção com a desobediencia, que a proceder teria o effeito de applicar-se-lhe a pena mais grave no maximo de um dos dous factos puniveis, conforme o art. 66 § 3º do codigo.

« As sentenças devem mencionar de um modo bem expressivo quaes as palavras ou factos que constituem o desacato. E' nulla a sentença que se limitou a declarar ter o réo desacatado a autoridade, sem mencionar em que consistiu esse desacato.

---

[1] Pessina, *Manuale cit.* Part. sec. § 148, pag. 156.
[2] *O Direito*, vol. 70, pag. 75.

Não tem applicação o delicto de desacato quando o conflicto entre o funccionario e o aggressor teve origem *non contemplatione officii*, mas por um motivo particular.

Para existir o delicto de desacato é necessaria a presença do funccionario desacatado, constituindo injurias as palavras offensivas dirigidas em sua ausencia» : *Decisão* do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal de 18 de março de 1896. [1]

27. O codigo no art. 135 refere-se á *desobediencia*.

A desobediencia é uma especie disforme da antecedente; é a resistencia *passiva*, inerte, quando os crimes deste titulo se caracterisam ao contrario, principalmente pela força, *vis*.

Está claro não só que a disposição apenas comprehende com a sua respectiva penalidade o facto que não estiver previsto em lei com a correspondente comminação, como tambem que as ordens, provimentos legaes, prohibições, etc., emanados da autoridade para serem obedecidos devem estar de accordo com a lei.

Do contrario assistiria ao cidadão o direito de desobedecer que é uma de suas garantias declaradas na Constituição Federal art. 72 § 1º, que « ninguem póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, sinão em virtude de lei».

A fonte do nosso codigo aqui foi o anterior e o vigente portuguez, art. 188, § 1º, que reproduziu em parte o anterior de 1852 que teve tambem como fonte o nosso de 1830.

Attribue-se como fonte primitiva de todos, segundo Silva Ferrão, o codigo da Baviera, que diz :

« Art. 318. Todo depositario da autoridade terá o direito, para a manutenção do respeito que lhe é devido, de infligir a todo *recalcitrante, um ou dous dias* de prisão, sem prejuizo das penas previstas no art. 316 contra a rebellião ou resistencia.»

Esta disposição, lê-se no commentario official, era necessaria, por um lado para dar aos representantes da autoridade o meio de manter o respeito que lhes é devido por medidas immediatas, e por outro lado, para prevenir, fixando-lhe um limite, os abusos desta detenção discricionaria. [2]

Vê-se que se trata de um poder discricionario, embora em escassos limites, mas que não se coaduna com o nosso direito.

---

[1] Viveiros de Castro, *Sentenças e decisões cits.*, pags. 23 e 98.

[2] Silva Ferrão, OBR. CIT., vol. 5º, pag. 53, art. 188; Vatel, CODE PENAL *du royaume de Bavière*, Paris, 1852, pag. 211, art. 318, not. 1.

Tambem um preceito semelhante ao do nosso codigo figura no argentino, art. 237, cuja fonte deve ter sido algum codigo hespanhol. [1]

E neste ultimo, comprehendendo tambem outros factos, figura a desobediencia grave no art. 265, sobre cuja disposição diz um de seus commentadores :

Tres são os artigos que comprehende este capitulo, e difficilmente os houvera redigido com mais clareza e rigor o partidario acerrimo de um systema em que em todas as partes se descubrisse a mão do governo. Não só se castigam os verdadeiros attentados, como são empregar armas contra a autoridade, como os que resistem aos seus preceitos e *desobedece-os*. E não póde ser de outro modo. Autoridade discutida, é autoridade morta; e sem prejuizo de reclamar contra ella em seu tempo e lugar, não ha mais que acatal-a quando manda, porque de outra maneira seu prestigio e sua missão desapparecem. Não o dizemos nós outros, dizem-no esses artigos redigidos pelas côrtes constituintes mais democraticas que se tem conhecido e o praticam os Governos mais populares que teem existido.

A sciencia e a verdade abrem caminho pelo meio das escolas mais dissolventes. No momento que se trata de garantir a paz e dar respiro a um paiz, victima das convulsões mais horriveis, os primeiros que se abraçam ás boas doutrinas são os mesmos que antes acreditavam que ao antimoral governo se devia negar até o direito de defender-se.

Si tivessemos redigido esses tres artigos (arts. 263 a 265), talvez tivessemos estabelecido algumas distincções. Não é o mesmo desobedecer a um juiz ou a um governador, que resistir-se a um agente de policia que não tem a mesma educação, nem manda como aquelles podem executal-o. Desde porém que a lei os iguala a todos e os considera com a mesma representação no exercicio de seus cargos, não seremos nós outros que censuremos esta rigidez. O que ha a fazer é pôr em pratica o codigo ; mas receiamos que esta é uma illusão como muitas outras que teem homens de boa vontade, mas que tiveram o dom de governar. [2]

Esta opinião tão enthusiasta, quanto autoritaria, não cala em nosso espirito.

O art. 135, 1ª parte do nosso codigo applicado criteriosamente é justificavel.

Mas o mesmo já não acontecerá com o seu paragrapho unico, correspondente ao art. 188 § 1º do codigo portuguez, pelo seu rigor n'um paiz de analphabetos que não leem jor-

---

[1] Malagarriga, CODIGO PENAL, ETC. Buenos Aires, 1896, art. 237, pag. 231.
[2] Gonzalez y Serrano *apud* Pacheco, OBR. CIT. App., pag. 197, art. 265.

naes e menos cartazes com editaes affixados onde quer que seja.

« A expressão *autoridade publica* empregada no art. 135 do codigo penal traduz apenas o conceito de um poder relacionado á uma maneira de dizer em determinadas circumstancias e sem importar distincção entre a autoridade propriamente dita e seus agentes: e assim, attentas, demais, as attribuições conferidas pela lei aos *Inspectores seccionaes*, teem estes o caracter de *autoridades publicas*.

« Quando, portanto, occorrerem contra esses funccionarios todos os elementos do crime de *desobediencia*, póde declarar-se o accusado incurso nas penas do art. 135 do codigo penal. » Accordão do Tribunal Civil e Criminal de 16 de maio de 1896. [1]

Ver tambem o aresto citado no n. 26 *in fine*, quando tratamos do desacato.

Consignaremos a jurisprudencia applicavel ao codigo vigente, quando a sua fonte tiver sido o codigo criminal anterior devidamente interpretado pelos tribunaes.

Não desobedece á primeira autoridade da provincia quem de boa fé procura esclarecel-a antes de dar cumprimento ás ordens recebidas ». Accordão da Relação da *Fortaleza* de 16 de maio 1874. [2]

« Para existir o delicto de desobediencia, é necessario que o accusado deixe de cumprir uma ordem legal de autoridade competente.

O delicto de desobediencia deixa de existir quando o funccionario publico provocou o facto excedendo por actos arbitrarios os limites de suas attribuições » : *Decisão* do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal de 27 fevereiro de 1893. [3]

« E' provido o recurso interposto do despacho que pronunciou o recorrente como incurso no art. 135 do codigo penal (desobediencia), pelo facto de não ter, como administrador do Correio, satisfeito uma requisição do juiz seccional, para apresentação de livros e papeis do serviço eleitoral, afim de serem examinados.

O recorrente, si não incidiu em crime de responsabilidade, não podia responder pelo de desobediencia, porque não ha relação de subordinação entre o recorrente e o juiz que se deu por desobedecido, sem ter o direito de dar ordens, na especie dos autos. » Accordão do Supremo Tribunal Federal de 15 de junho de 1898. [4]

---

[1] Revista de Jurisprudencia cit., vol. 4º de 1898, pag. 108.
[2] O Direito, vol. 10, pag. 356.
[3] Decisões e sentenças cit., pags. 24 e 76.
[4] Jurispr. cit. Anno 1893, pag. 60. n. 63.

CAPITULO V

DA ASSOCIAÇÃO PARA DELINQUIR

PROJECTO DE 1899

Art. 150. Associarem-se tres ou mais pessoas para commetter crime:

Pena: prisão com trabalho por um a tres annos, a cada uma dellas.

I. Si alguns ou todos os associados percorrerem os campos, ou caminhos publicos, armados, ou tiverem armas em deposito commum:

Pena: prisão com trabalho por dezeseis mezes a quatro annos.

II. Si a associação tiver promotores ou chefes, a pena será, para estes, de prisão com trabalho por dous a seis annos no caso da primeira parte deste artigo, e por tres a nove annos no caso do numero antecedente.

Paragrapho unico. A's penas comminadas neste artigo será sempre annexada a sujeição á vigilancia especial da policia.

Art. 151. Será punido como cumplice todo aquelle que a estas associações ou a qualquer membro dellas ministrar alimento, munição, arma, instrumento, guarida, ou logar para a reunião.

Paragrapho unico. Ficará isento da pena aquelle que fornecer alimento, ou der guarida a algum dos delinquentes, uma vez que seja seu ascendente ou descendente, quer consanguineo, quer affim, conjuge, irmão, tio, sobrinho, tutor, pupillo ou cunhado durante o cunhadio.

COMMENTARIO

28. Preferimos para texto, no silencio do codigo o projecto approvado em 1899 na camara dos deputados e remettido ao senado, onde pende de estudo, não obstante divergir dos de 1893 e 1897, arts. 167 a 169 e deste ultimo até na epigraphe que haviamos corrigido para «associação *para delinquir*,» que é mais comprehensiva do que a de associação de malfeitores» do projecto primitivo, repetida pelo de 1896 e afinal mantida.

Justificando o projecto de 1893 diziamos:

Uma lacuna séria nos nossos codigos e mesmo em muitos outros de paizes onde se tem provido no caso com leis especiaes, o projecto preencheu com os arts. 182 a 184 sobre as associações de malfeitores.

O projecto teve como fonte o codigo italiano, arts. 248 a 251 e o portuguez, art. 263, cujas disposições o projecto simplificou diminuindo as penas, que naquelles são mais severas. [1]

A especie figura nos codigos, desde o francez, art. 265, até os que serviram de fonte proxima ao projecto, inclusive o belga, art. 322 e o hollandez, art. 140.

---

[1] Exposição de motivos do projecto de 1893, pg. 11.

Si se acceitar a theoria da *receptação* sob a fórma do *asylo* (art. 21 § 4º); e a da *aggravação* da pena pelo simples facto da *pluralidade* de delinquentes (art. 39 § 13), é de rigor acceitar aquella outra fórma, porque a genese de todos esses institutos é identica e si se pune o asylo e o «*ajuste* entre dous ou mais individuos» que são o menos, deve ser punida a associação, que é o mais.

A lei, do mesmo modo que pune a *conjuração* (conspiração) a *mendicidade* e a *vadiagem*, pune a associação para delinquir. [1]

O art. 140 do codigo hollandez alargou mais o sentido da disposição dos projectos que lhe serviram de fonte para comprehender quaesquer factos além dos relativos á segurança da pessoa e dos bens. [2]

O codigo italiano desenvolveu esse systema, que o projecto de 1893 perfilhou. [3]

Na defesa deste projecto externamos argumentos de que aqui tambem nos valeremos.

A duvida neste ponto não é mais possivel hoje depois da completa encyclopedia de Scipio Sighele sobre a *pluralidade* de delinquentes, desde o *par criminoso* até á *multidão criminosa*, passando pelas associações para delinquir, inclusive os terriveis organismos da *maffia* e da *camorra* italianas, a *mão negra* hespanhola, os *bandos* parisienses *(souteneurs et rodeurs)* etc.... [4]

O nucleo das novas disposições do projecto e que são mais ou menos as do texto estava na aggravante do *ajuste* desde o codigo criminal anterior, art. 16 § 17, que era uma das originalidades do mesmo codigo, tão mal interpretada na nossa jurisprudencia por falta de senso juridico mais desenvolvido.

Scipio Sighele accusava ha algum tempo a *falta de lei e de theoria* sobre a especie psychologica, quando desde 1884 encareciamos nós o merito do codigo brazileiro de 1830 neste ponto.

Tentamos essa justa reivindicação, apezar de lhe attribuirmos toda a gloria da construcção quasi completa da theoria respectiva. [5]

---

[1] Silva Ferrão, Obr. cit., vol. 5º, pg. 346.

[2] Swinderen, Esquisse du Droit Penal actuel *dans Les Pays — Bas et à l'Etranger*. Groningue, 1891-94, vol. 3º pag. 125.

[3] Vid. Majno, Obr. cit Part. I, pag. 703.

[4] Scipio Sighele, la foule criminelle, Paris, 1892, la coppia criminale, Torino, 1893, la teorica positiva della complicitá, Torino, 1894.

[5] Do autor: *A co-pluralidade de delinquentes* na Revista Academica. Recife, An. VI, 1896, pag. 19. E' o estudo da questão a que alludo e mereceu a benevola citação da parte de Alimena : *Dell'Imputabilità*, Torino, 1899, vol. 3º, pag. 689.

Accrescentavamos em resposta á critica alludida:

Mas as velleidades de criticos phantasistas e superficiaes devem nos reduzir a um bando de *carneiros de Panurgio* para só adoptar dos outros as velharias proprias dos museus de archeologia juridica.

O que o illustre censor não apprehendeu é que para evitar duvidas na pratica é que a epigraphe dos artigos sobre o fecundo instituto se deve afastar do codigo francez, para generalisal-a mais, como fizeram os codigos belga, hollandez e italiano, declarando-se em vez de — associação de malfeitores — associação para delinquir — o que é mais comprehensivo, porque abrangerá o associado que não for ainda um *malfeitor* no momento de formar-se a associação. [1]

Não vale a pena contestar os contraproducentes argumentos do illustre censor neste ponto, porque constituem um circulo vicioso, isto é, negam os extremos das especies respectivas, o que equivale a não se fazer fogo por 99 razões, sendo a *primeira* a de não ter polvora. [2]

Numa palavra, em geral taes associações constituem mesmo por si sós um facto criminoso especial e não são mais do que toda a reunião ou antes o facto de se concertarem diversos individuos, organisando-se hierarchicamente ou não, com chefes ou não, para commetter crimes *in genere* e não certo e determinado crime, facto previsto este pelas normas geraes do codigo sobre *co-autoria, complicidade e ajuste*.

Aqui o facto não é nem coparticipação criminosa, nem aggravante em qualquer especie, é o facto da associação *per se,* que o art. 150, 1ª parte do texto pune quando «associarem-se tres ou mais pessoas para commetter crime».

Antes mesmo de haver praticado qualquer acto, a associação é criminosa e incorre em pena pelo facto unico de se haver constituido para taes fins sinistros.

Para surprender, portanto, diz Carrara, esta figura delictuosa, se exige o concurso de cinco ou mais pessoas (o nosso texto exige apenas tres) e o objectivo de delinquir, ainda que tal objectivo não seja determinado.

Essa é a figura principal contida na norma geral do art. 150, principio.

O n. I do mesmo artigo prevê uma aggravante : « Si algum ou todos os associados percorrerem os campos, ou caminhos publicos armados ou tiverem armas em deposito commum .»

---

[1] Garraud, Obr. cit., 4º vol., pag. 80.

[2] Revista Academica, Recife, An. IV, 1894, pag. 187.

Si um ou mais dos associados teem armas e o outro ou os outros não as teem, estes ultimos devem saber ou conhecer tal circumstancia material, do contrario ella não poderá prejudical-os.

A outra aggravante do n. II do art. 150 é a dos promotores ou chefes e contra estes.

A associação póde ter ou deixar de ter um ou mais chefes. Ha ainda a respeito destes o concurso das duas mencionadas aggravantes para elevar a pena.

O paragrapho unico prevê a pena accessoria da vigilancia especial da policia.

O art. 151 contém um caso de complicidade constituido pelos factos de auxilio que enumera

O paragrapho unico estabelece a isenção da pena a favor daquellas pessoas conjunctas do réo que se acharem no grão de parentesco taxativamente determinado.

A fonte dos arts. foi o codigo italiano. [1]

Entretanto seja-nos licito consignar aqui que os projectos de 1893 e 1897 avantajam-se neste ponto ao de 1899, cujo texto acabamos de analysar, porque :

1.º A definição do art. 150 nem inclue a condição essencial de punibilidade, «*só* pelo facto da associação», parecendo que se trata de um caso de coparticipação commum ou geral e ainda mais porque se falla de commetter crime e não crimes no plural.

« Abri *qualquer* codigo ou tratado de direito penal, diz Sighele, e achareis que a *associação de delinquentes,* quando seja composta de um certo numero de pessoas e tenha por escopo commetter uma serie de delictos é considerada não só como circumstancia aggravante, como tambem « como crime *por si só independentemente* do facto que os delictos ideados por seus membros tenham sido ou não tenham sido commettidos ». [2]

Aliás a circumstancia é salientada nos codigos portuguez e hollandez e mais ainda no belga e italiano.

2.º Porque os projectos consignaram penas mais severas, attenta a gravidade do facto.

3.º Porque os projectos consideravam o facto da associação como uma aggravante para os crimes commettidos pelos seus membros e uma aggravante especial coordenada com o crime, o que não é efficazmente supprido pela aggravante geral do *ajuste,* como a que é prevista no codigo, art. 39 § 13.

---

[1] Vid. Carrara, COMMENTO CIT., pag. 158, arts. 248 a 251.
[2] Scipio Sighele, LA TEORICA POSITIVA DELLA COMPLICITÀ CIT., pag. 3.

TITULO III

DOS CRIMES CONTRA O LIVRE GOZO OU EXERCICIO DOS DIREITOS INDIVIDUAES

CAPITULO I

DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE PESSOAL

CODIGO

Art. 179. Perseguir alguem por motivo religioso ou politico :

Pena — de prisão cellular por um a seis mezes, além das mais em que possa incorrer.

Art. 180. Privar alguem de sua liberdade pessoal, já impedindo de fazer o que a lei permitte, já obrigando a fazer o que ella não manda :

Pena — de prisão cellular por um a seis mezes.

Paragrapho unico. Si para esse fim empregar violencia, ou ameaças :

Pena — a mesma, com augmento da terça parte, além das mais em que incorrer pelos actos de violencia.

Art. 181. Privar alguma pessoa da sua liberdade, retendo-a por si ou por outrem, em carcere privado, ou conservando-a em sequestro por tempo menor de 24 horas :

Pena — de prisão cellular por dous mezes a um anno.

§ 1.° Si a retenção exceder desse prazo :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

§ 2.° Si o criminoso commetter o crime simulando ser autoridade publica, ou usando de violencia :

Pena — a mesma, com augmento da terça parte.

Art. 182. Causar á pessoa retenda, ou sequestrada, máos tratos, em razão do logar e da natureza da detenção, ou qualquer tortura corporal :

Pena — de prisão cellular por um a tres annos.

Art. 183. Si aquelle que commetter o crime de carcere privado não mostrar que restituiu o paciente á liberdade, ou não indicar o seu paradeiro :

Pena — de prisão cellular por dous a doze annos.

Art. 184. Prometter, ou protestar, por escripto assignado, ou anonymo, ou verbalmente, fazer a alguem um mal que constitua crime, impondo, ou não, qualquer condição ou ordem :

Pena — de prisão cellular por um ou a tres mezes.

Paragrapho unico. Si o crime fôr commettido contra corporação, a pena será applicada com augmento da terça parte.

Art. 289. Tirar, ou mandar tirar, infante menor de sete annos da casa paterna, collegio, asylo, hospital, do logar emfim em que é domiciliado, empregando violencia ou qualquer meio de seducção :

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos.

Paragrapho unico. Si o menor tiver mais de sete, porém, menos de 14 annos :

Pena — de prisão cellular por um a tres annos.

Art. 290. Sonegar, ou substituir, infante menor de sete annos :

Pena — de prisão cellular por um ou quatro annos.

Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá o encarregado da criação e educação do menor, que deixar sem causa justificada de apresental-o, quando exigido, a quem tenha o direito de reclamal-o.

Art. 291. Aquelle que, tendo commettido qualquer dos crimes supra indicados, não restituir o menor, soffrerá a pena de prisão cellular por dous a 12 annos.

COMMENTARIO

29. A numeração deste titulo não corresponde á do codigo penal, que é o 4º, porque elle intercalou entre este e o anterior o dos crimes que elle chama contra a *tranquillidade publica* (incolumidade).

Relatando o projecto de 1893, notámos que o codigo accumulara mal em um titulo materia pertinente a tres titulos diversos.

A materia deste titulo IX do codigo penal excede em parte de sua propria epigraphe; revendo-a, reconheceu-se no projecto que ella deve ser distribuida por tres titulos differentes, sendo de notar que, si o codigo anterior não está isento de censura na parte a este correspondente, é certo que o novo aggravou o defeito desde que ampliou e additou a mesma materia, accumulando elementos inteiramente heterogeneos.

Assim, propriamente neste titulo, só podem ficar comprehendidos os capitulos relativos á *bigamia, casamento contra a lei, e suppressão, troca e supposição de estado* que constituem factos contrarios aos bons costumes e á ordem na familia.

Não é posivel absolutamente no mesmo titulo incluir a *subtracção de menores,* que, si remotamente, si se quizer, poderá offender o seu estado civil, offende immediata e prinprincipalmente a sua *liberdade* individual e é em geral um facto contra a liberdade, sendo este o titulo e aquelle o sub-titulo em que podem ser enquadradas as disposições relativas ao objecto de que se trata.

Tambem excedem de muito a comprehensão do titulo IX do novo codigo os factos de *abandono de menores* e de pessoas *doentes* e em *perigo* por identidade de razão.

Trata-se de factos que só podem ser classificados no titulo dos crimes *contra a pessoa*.

Isto pelo que toca simplesmente á classificação. [1]

E' por isso que no texto deste figuram os arts. 289 a 291 logo depois do art. 184, porque a materia de todos é a mesma.

---

[1] Exposição de motivos *do projecto de* 1893, pag. 18.

Tambem o capitulo não corresponde na numeração porque elle incluiu no 1º deste titulo os crimes chamados eleitoraes, de que já tratámos no titulo 1º.

Os projectos posteriores tiveram o codigo vigente como fonte, mas melhorada pela fonte commum principal, o codigo italiano.

As differenças serão notadas pela comparação e explicação do texto do codigo com os trabalhos preparatorios da revisão delle.

Trata-se aqui neste titulo dos crimes chamados *contra a liberdade*, em geral, sob todos os seus aspectos e relações, menos o politico de que já nos occupámos, conforme classificação que reputámos preferivel.

No primitivo projecto de 1893 justificando a redacção deste mesmo titulo, cuja epigraphe aliás é a mesma do codigo, porque se coadunava com expressões já usadas no nosso direito, dissemos :

Todo este titulo foi compilado do novo codigo penal, evitando-se, porém, minudencias escusadas e eliminando-se algumas das disposições processuaes, oriundas do codigo de 1830, que lhe serviu de fonte, e como se sabe foi publicado na falta do codigo do processo, que só appareceu em 1832.

Entretanto, fez-se nelle correcções, tendo em vista o codigo anterior e o italiano, que lhe serviram de fontes e preenchendo lacunas, como a da falta de disposição para o *plagio* e outros attentados contra a liberdade, que o novo codigo considera sob o ponto de vista muito estreito editando penas irrisorias, salva a aggravação do art. 183, cuja criminalidade correspondente difficilmente a tornará uma realidade com a punição. [1]

Sobre a classificação geral das materias deste titulo aqui mesmo, poder-se-hia duvidar, si comprehendendo as respectivas disposições a sancção penal a favor de direitos garantidos por declaração da Constituição Federal, não seria mais propria a collocação dellas no titulo dos crimes *politicos*, concernentes á segurança interior do Estado.

Mas a objecção não colhe, porque não só não se trata de factos de *leso-governo*, contrarios immediatamente á causa publica, como tambem porque, as disposições não affectam o cidadão *tanquam talis*, mas o *homem*, o individuo, *estrangeiro* mesmo, cujos direitos a Constituição Federal garante quasi tão plenamente como as do *nacional*, uma vez que *habitem* o nosso territorio.

São direitos naturaes, que a lei garante : a liberdade pessoal, de consciencia e culto, a inviolabilidade de correspondencia e de domicilio e a liberdade de trabalho.

---

[1] Exposição de motivos *do projecto* de 1893, pag. 11.

E como muitos desses ataques a esses direitos e liberdades são abusivamente commettidos por funccionarios publicos, os projectos posteriores ao codigo preveem isso mesmo para aggravar as penas correspondentes; o que não fez o codigo penal neste titulo, sinão limitadamente, omittindo a sancção, nestes casos, dos direitos garantidos pela Constituição Federal contra os factos attentatorios da liberdade em geral.

Feitas essas observações á materia geral do titulo, passemos á do capitulo que comprehende os artigos do texto do codigo.

30. Um modo *geral* de attentar contra a liberdade individual é o de usar ou empregar aquella *violencia*, seja *physica* ou *moral*, que os juristas chamam *particular* ou *privada*, a qual constitue um delicto *per se* e com o qual ou por meio do qual se constrange alguem a *fazer*, *omittir* ou *soffrer* que outros fação qualquer cousa, a realização ou omissão da qual não represente ou constitua uma violação especial da lei e não seja um crime mais grave.

A pena varia de importancia, conforme o intento seja ou não attingido e conforme as violencias ou ameaças tenham sido praticadas por meios mais ou menos perigosos.

E' a chamada *ameaça coercitiva*.

E' a sancção mal formulada, por limitada, do texto do art. 180 do codigo penal e que dá effectividade a um axioma inscripto na Constituição Federal, quando consigna na — *declaração de direitos*:

« Art. 72. A Constituição assegura a brazileiros *e a estrangeiros residentes no paiz* a inviolabilidade dos direitos concernentes á *liberdade*, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes :

« § 1.º *Ninguem* póde ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma cousa *senão* em virtude de lei.»

O art. 179 contém uma disposição que caberia melhor no capitulo seguinte, mas aliás é superflua, porque a formula é vaga e o fim que visa já está prevenido n'outras disposições relativas aos crimes *politicos*, ou *contra a ordem publica*, por exemplo, os dos arts. 119 e 165, ajuntamento illicito e coacção do voto; assim como aos contrarios á liberdade em geral neste titulo. O codigo penal omittiu aqui a disposição do art. 179 do codigo penal de 1830, sobre a reducção de pessoa livre á escravidão, a que já alludimos referindo-nos, com as palavras da respectiva *exposição de motivos* ao projecto de 1893, art. 185, que restabeleceu essa figura de crime.

A *Côrte de Appellação* da Capital Federal, ouvida sobre o projecto, disse nesse ponto pelo orgão de sua illustre com-

missão e pranteado relator Desembargador Antonio de Souza Martins:

« Não ha razão de ser para o disposto neste art. 185 — reduzir alguem á escravidão — não só por haver a lei n. 3.353, de 13 de maio de 1888 declarado extincta a escravidão no Brazil, como porque a generica disposição do art. 186 do projecto comprehende o que naquelle se quiz exprimir.» [1]

Referindo-nos ao assumpto e a outros deste capitulo contra o projecto de 1896, defendendo aquelle e mantendo a questionada disposição no substitutivo de 1897, dissemos:

A não ser quanto ás penalidades, não ha alterações quasi no primeiro capitulo deste titulo.

Mas, convém notar, é improprio delle a figura do art. 154 repetida no art. 339 da nova redacção e em contradicção com a do art. 153.

Sem razão tambem supprimiu-se do projecto a figura do *plagio,* conforme já havia opinado a Corte de Appellação desta Capital.

O art. 186 do projecto primitivo não suppre a falta do art. 185; a prova do contrario está nos arts. 146 e 145 do Codigo italiano.

Neste codigo, assim como em muitos de primeira ordem, figura o *plagio*; bastando citar o allemão, art. 234; hungaro, art. 324; hollandez, art. 278; portuguez, art. 328; e assim, o austriaco, sueco, norueguense e outros citados nas obras de legislação comparada. [2]

A' vista do exposto, só se reproduz no substitutivo o projecto primitivo, porque este consagra a detenção e em alguns casos abaixa muito o minimo da pena para melhor gradual-a. [3]

E os citados codigos europeus modernos que conteem tal disposição e as leis como as nossas, repressivas do *trafico de escravos* ainda não destinados ao nosso paiz?

O *plagio* continúa a ser crime.

Si o *trafico* de escravos, do mesmo modo que a *pirataria*, por sua monstruosidade de attentados contra o genero humano deve ser punido por todas as nações civilisadas, com maioria de razão se deve punir o crime de que é objecto a condição livre do habitante do paiz, reduzido á escravidão ou condição analoga.

Sobre a disposição parallela do Codigo italiano diz Pessina, que a norma veiu completar as determinações do respectivo Codigo da marinha mercante (arts. 335 e 446) sobre o trafico de escravos.

---

[1] Pareceres sobre o projecto de 1893, *Camara dos Deputados*, Imprensa Nacional, 1895, pag. 4.

[2] Swinderen, obr. cit. 2º vol. pag. 135.

[3] Exposição de motivos, etc., de 1897, pag. 9.

Desde a abolição da escravidão que mantemos a opinião que aqui sustentamos.

Assim, justificando o *ante-projecto* de 1889, diziamos:

«Supprimi no art. 179 do codigo (crim. de 1830), a que corresponde o art. 186 do texto (do ante-projecto) as palavras — que se acharem de *posse* de sua *liberdade* — e ainda o qualificativo *injusto* diante da lei n. 3.353 de 1888, á vista da qual todos no imperio se acham na *posse* de sua *liberdade*, natural ou social, civil e politica; não havendo tambem mais desde a data daquella lei captiveiro *justo*, para oppôr-lhe aqui o *injusto* como *criminoso*, sendo todo injusto hoje e portanto pleonastica a locução — captiveiro injusto.»

As mesmas razões me induziram a dizer: «reduzir á escravidão *qualquer* pessoa» e não «reduzir á escravidão *pessoa livre*, como assim estava no Codigo (criminal anterior).

Hoje todos são livres no Brazil. [1]

Os artigos a que acima alludimos, mantidos na redacção final do projecto de 1899, são o art. 153, que exclue a idéa de lucro, e o art. 154, que a inclue, tratando-se neste ultimo de crime contra a *liberdade* e contra a *propriedade*, onde devia estar sob a forma de *extorsão*.

Foi eliminado o art. 339, que repetia o 154 do projecto de 1896, como dissemos.

Entretanto, os crimes que offendem a liberdade individual em sentido estricto, tirando-a ou diminuindo-a, são todos aquelles factos criminosos que na doutrina e em alguns codigos se acham sob o nome de *plagio*, nas suas varias formas de violencia privada e ameaça.

Este capitulo II do codigo penal é muito lacunoso, tanto pela falta de disposições adequadas, como pelas deficiencias nos conceitos das especies respectivas, além de destacar para titulo diverso (V. do codigo), especies identicas por sua objectividade juridica, com a aggravante apenas de ser o agente empregado publico, do que o codigo offerece exemplos nos §§ do art. 207, no art. 213 e outros.

A disposição mais importante do capitulo seria, por sua gravidade, a reducção da pessoa á escravidão ou outra condição analoga — si não houvesse a lacuna notada no codigo e no projecto de 1893.

Entretanto os projectos de 1893 e 1897, aproveitando a mesma fonte commum, compilaram as varias especies deste capitulo do codigo.

31. Os dous elementos geraes constitutivos das especies dos artigos do texto são a *violencia* e a *illegitimidade* da acção; os meios *especiaes* empregados, o *escopo* ou ob-

---

[1] Do autor: ANTE-PROJECTO CIT., art. 186, not. 24.

jectivo e as *qualidades* dos *agentes* e *pacientes* são as condições ou circumstancias *aggravantes*, ou *qualificativas*.

Conforme a doutrina, as formas de actuação deste crime, chamado pelos romanos *vis privata* são tres: o *arresto*, a *detenção* e o *sequestro* da pessoa.

O *arresto* é o atravessar-se no caminho, no sentido vulgar, mas deve consistir em apoderar-se de certo modo da pessoa; ou, como diz Blanche, é a apprehensão do corpo da pessoa, privada da liberdade de ir e vir, numa palavra, de se locomover á seu talante. A brevidade do tempo constitúe a sua nota caracteristica; o arresto corresponde ao *capere* que é diverso do *detinere*, havendo uma maior ou menor continuidade de tempo no facto da *detenção*.

O cod. no art. 181, 1ª parte, dá uma definição do arresto, mas chama-o *sequestro!*

Nenhuma differença parece existir entre a *detenção* e o *sequestro*, porque ambos estes actos exprimem um periodo mais ou menos longo em que é tirada ao individuo a liberdade de agir. Mas, ha no *detêr* a ideia de impedir a sahida do individuo dum logar dado; entretanto, que no *sequestrar* a pessoa dum homem se comprehende o facto de detêl-o em logar solitario e occulto a todos, ficando assim mais difficil áquella que delle é victima invocar com efficacia o soccorro dos outros homens.

Pode-se dar como exemplos da *detenção*, a especie do art. 181, § 1º, e do *sequestro* a do art. 183 do texto, embora ahi as figuras não surjam nitidas como seria de desejar; assim como ambas as hypotheses no art. 207, ns. 9 e 12, referentes aos funccionarios publicos. Entretanto, entre as duas figuras outros veem caracteristicos diversas.

E' assim que, ainda Blanche observa, que a retenção da pessoa *arrestada* chama-se mais particularmente *detenção*, quando ella tem tido logar numa *casa de correcção*, e *sequestro*, quando ella se opera numa *casa particular* que será ou a da pessoa arrestada ou a do individuo culpado do seque-tro, ou mesmo a dum terceiro. [1]

Realisa-se o crime: quér pela *abductio de loco ad locum* de que offerecem exemplos as especies dos arts. 289 e 290, 1ª parte, e 207 n. 12; como *per obsidionem*, exemplos os arts. 181, 1ª parte, 207, n. 9 e 290, 2ª parte; — o que quér dizer não só a *captura* e transporte para um certo logar, como tambem a retenção num logar dado.

E' indifferente a *abductio per vim*, ou *per insidias*: de uma e outra, ha especies nos arts. 180, paragrapho unico, 181 § 2º e 289, 1ª parte. Esta forma criminosa não se confunde,

---

[1] Blanche & Dutruc, Obr. cit. 5º vol. pag. 294 ns. 231 e segs.

nem com o *rapto* para fim *libidinoso*, nem com o *sequestro*, para *extorquir*, como fez o projecto de 1896, conforme acima vimos.

Garraud, de accôrdo com Farinacius e com Chaveaux e Hélie, define, em geral, o crime de que tratam os artigos do texto, que elle appellida de *carcere privado:* o facto de haver, sem direito nem qualidade, e sem que haja havido arrestação prévia, retido um individuo, isolando-o de toda a communicação.

Os elementos que os constituem são: 1º, um facto de *arrestação, detenção* ou *sequestro*; 2º, a *illegalidade* do facto; 3º, o dolo especifico.

Já vimos em que póde consistir o facto, convindo notar que a arrestação é um crime *instantaneo* e a detenção e o sequestro crimes *continuos*, cuja prescripção não começa a correr sinão do dia em que tiver cessado a detenção ou o sequestro illegal.

A *illegalidade* do facto é tambem essencial, porque si se tratar duma arrestação de um individuo em flagrante delicto, não haverá crime, desde que é o exercicio duma faculdade concedida pelas leis ao cidadão, e ao que allude mesmo o cod. pen., nos arts. 127 e 207, n. 14.

O terceiro elemento é o dolo especifico para excluir casos parecidos, mas que não são criminosos, como são os dos pais, mestres e semelhantes, na medida necessaria para sanccionar a propria autoridade com a precisa moderação para não degenerar em sequestro arbitrario, caso previsto no art. 14, § 6º do cod crim. de 1830. [1]

Não tendo o cod. vigente reproduzido a dirimente, não quer dizer que ficou ella eliminada do nosso direito, porque é admittida por todos os autores, em falta mesmo de lei expressa.

A mesma solução deve ser dada aos incumbidos da guarda dos loucos, e a respeito destes, com tanto maior rigor quando o cod. pen., no art. 378, pune como contravenção deixar vagar loucos confiados á sua guarda, ou quando evadidos de seu poder, não avisar a autoridade competente para fazel-os recolher, etc...

Haveria, porém, detenção arbitraria si sob o pretexto de supposta loucura fosse internada em um asylo de alienados uma pessoa sã de espirito. O cod. pen., art. 252, pune o que para tal der um attestado falso. [2]

Portanto, não ha aqui o crime sem a condição de *illegitimidade*.

A livrança do detido ou retido não elimina o crime.

---

[1] Do autor : COMMENTARIO, ETC. Recife 1889, n. 92, pag. 293.
[2] Garraud, OBR. CIT. vol. 4º, pag. 574, n. 542.

Isso póde ser uma attenuante, conforme todos os projectos; silenciando o codigo.

E' indifferente á substancia do crime o tempo maior ou menor da *detenção* ou *retenção;* o escopo licito ou illicito, conforme a consciencia do criminoso.

A primeira condição póde fazer variar a pena: arts. 181, § 1º, e 183 e 291.

Outras aggravantes figuram nos arts. 181, § 2º, sobre violencia ou insidia e no art. 182 sobre sevicias; esta mal formulada para applicação da lei no caso de um *concursus delictorum*, isto é, concorrendo ao mesmo tempo a privação da liberdade e as lesões pessoaes que podem ser de diversa natureza.

32. Sobre a ameaça, o codigo não póde ser mais defeituoso no art. 184.

Elle ahi a conceitúa muito deficientemente e sem graduar as penas, conforme as respectivas modalidades ensinadas pela doutrina.

Mas, ao mesmo tempo, parece que elle havia dado outro conceito da *ameaça* no § 2º do art. 180, mas incluindo-a na privação da liberdade, o que é muito differente.

A phraseologia do cod. pen. é que lança a confusão nas especies.

No art. 180 trata-se do que chama-se *violencia* privada ou particular, embora a primeira parte do artigo exclúa o elemento essencial, a *vis*; no art. 184 é que o cod. trata da *ameaça* propriamente dita.

A especie mal definida no art. 180 figura em todos os projectos e no art. 159, de 1899, como parallela á do art. 154 do cod. ital., chamada intimidação coercitiva, a *vis privata* dos romanos, a *ameaça com injuncção,* do cod. francez, as *cartas ameaçadoras* do direito inglez, etc.

Este artigo, diz Carrara, contempla os actos de violencia e ameaça praticados contra uma pessoa para constrangel-a a fazer ou a commetter, ou tolerar que outros façam cousa contra o querer e o direito da pessoa passiva do crime. A contrariedade do querer emerge por natureza da indole do crime e dos modos por que este é realisado, pois que, desde que existisse o consenso, não se poderia fallar nem de violencia nem de ameaça.

Os elementos, portanto, do crime são a illegitimidade da acção e a violencia physica e moral, dirigidas a um dos escopos indicados pela lei. Este facto constitue um crime por si mesmo. [1]

---

[1] Carrara, COMMENTO CIT. art. 154, pag. 97.

Eis a explicação do artigo dos projectos e do art. 180 do cod., onde está deslocada a ameaça no art. 184 e não logo depois daquelle.

Affim da ameaça para constranger é a *ameaça simples* que tem logar sem ser acompanhada de injuncção alguma. Esta ameaça não lesa directamente a liberdade, mas a lesa indirectamente, porque perturba a tranquilidade do animo e o estado de agitação e a incerteza daquelle que não se crê seguro na vida ou nos bens tolhe os seus proprios movimentos.

Isso explica os projectos; e o art. 184 do texto, que só considera aggravante o facto de ser feita a ameaça á corporação.

Entretanto, nos codigos e na doutrina, como nos citados projectos, a ameaça póde ser dum *damno grave e injusto*, ou qualquer outra de entidade inferior. [1]

As especies incriminadas neste capitulo e outras que com estas se relacionam, são sancções de preceitos constitucionaes que, conforme a declaração do nosso Estatuto Federal, art. 72, § § 1º, 13 e 14, garantem direitos dos individuos residentes no paiz.

Já nos referimos ao § 1º; dizendo os outros:

«§ 13. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não poderá executar-se, sinão depois de pronuncia do indiciado, salvos os casos determinados em lei, e mediante ordem escripta da autoridade competente.

§ 14. Ninguem poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as excepções especificadas em lei; nem levado á prisão, ou nella detido, si prestar fiança idonea, no caso em que a lei a admittir.»

Quanto á jurisprudencia sobre este capitulo:

«Para existir o delicto de *carcere privado* são necessarias duas condições: 1ª, um facto de detenção ou de sequestro; 2ª, a illegalidade deste facto.

Não commette o crime de carcere privado quem prende o individuo surprehendido em flagrante delicto ou perseguido pelo clamor publico, porque em caso de flagrante delicto cessa a garantia individual e desapparecendo o direito protegido, desapparece a qualificação do delicto estabelecido para a sua defeza.

E' tambem necessaria a intenção criminosa. Não commettem, pois, este crime os pais, tutores, curadores, mestres, detendo como medida de correcção ou meio preventivo de impedir actos prejudiciaes a seus proprios filhos ou pes-

---

[1] Vid. Pessina, ELEMENTI CIT. 2º vol. pags. 150, 153 e 167.

soas confiadas aos seus cuidados, comtanto que a medida não exceda os limites da moderação e não tome o caracter de crueldade e perseguição: «*Decisões* do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal, de 9 de setembro e 10 de outubro 1895 e 26 maio 1896. [1]

As *ameaças* constituem delicto quando traduzem a resolução formal e positiva de fazer mal. Não se acham comprehendidas nesta hypothese as explosões da basofia, da jactancia, da vaidade.

Quando dirigidas a funccionarios publicos, ou seus agentes, no exercicio de suas funcções, as ameaças constituem o delicto de *desacato*: «*Idem*, idem, 26 de agosto de 1896. [2]

CAPITULO II

DOS CRIMES CONTRA O LIVRE EXERCICIO DOS CULTOS

CODIGO

Art. 185. Ultrajar qualquer confissão religiosa vilipendiando acto ou objecto de seu culto, desacatando ou profanando os seus symbolos publicamente :

Pena — de prisão cellular, por um a seis mezes.

Art. 186. Impedir, por qualquer modo, a celebração de ceremonias religiosas, solemnidades e ritos de qualquer confissão religiosa, ou perturbal-a no exercicio de seu culto :

Pena — de prisão cellular, por dous mezes a um anno.

Art. 187. Usar de ameaças, ou injurias, contra os ministros de qualquer confissão religiosa, no exercicio de suas funcções :

Pena — de prisão cellular, por seis mezes a um anno.

Art. 188. Sempre que o facto fór acompanhado de violencias contra a pessoa, a pena será augmentada de um terço, sem prejuizo da correspondente ao acto de violencia praticado, na qual tambem o criminoso incorrerá.

COMMENTARIO

33. As figuras criminosas do texto comprehendidas neste capitulo que corresponde ao III do tit. IV deste 2º livro do Codigo Penal, referem-se aos crimes contra a *liberdade dos cultos*.

Num Estado livre, todas as crenças legitimamente professadas devem ser igualmente protegidas com a efficacia que só póde dar a sancção penal.

---

[1] Viveiros de Castro, *Sentenças e Decisões* CIT. pags. 21, 62, 112 e 183.

[2] Viveiros de Castro, OBR. CIT. pag. 308.

Assim é que, a Constituição Federal diz:

« Art. 11. E' vedado aos Estados, como á União :

« 2.º Estabelecer, subvencionar, ou embaraçar o exercicio de cultos religiosos.»

Aquelle principio que representa um complexo de direitos e deveres, uns do cidadão e outros do estrangeiro mesmo, está inscripto por formulas variadas correspondentes a cada um delles na mesma Constituição Federal, art. 72, §§ 3º e 5º, 28 e 29 e ainda nos §§ 6º e 7º.

Assim é que nestes §§ 3º e 5º se proclama a liberdade de consciencia e independencia dos cultos, assim como a secularisação dos cemiterios, o que se applica tanto aos nacionaes, como aos estrangeiros residentes no paiz; dizendo a Constituição Federal:

« § 3.º Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer *publica e livremente o seu culto,* associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum.

« § 5.º Os cemiterios terão caracter secular e serão administrados pela autoridade municipal, *ficando livre a todos* os cultos religiosos a pratica dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não offendam á moral publica e ás leis.»

E por extensão de taes principios é que a Const. Federal ainda estabelece em relação aos cidadãos como corollarios certos direitos e deveres nos §§ 28 e 29 sob a sancção da perda de *todos* os direitos *politicos*; pois que ella diz no citado artigo 72:

« § 28. Por *motivo de crença* ou *de funcção religiosa, nenhum* cidadão brazileiro poderá ser privado de seus direitos civis e politicos *nem* eximir-se do cumprimento de qualquer dever civico.

§ 29. *Os que* allegarem motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer onus que as leis da Republica imponham aos cidadãos, e os que acceitarem condecorações ou titulos nobiliarchicos estrangeiros *perderão todos os direitos politicos*.»

Ainda nos §§ 6º e 7º do mesmo art. 72 se estabelece a laicidade do ensino publico e a independencia absoluta entre as igrejas e cultos e a União e os Estados, dizendo a Const. Federal:

« § 6.º Será *leigo o ensino* ministrado nos estabelecimentos publicos.

« § 7.º *Nenhum* culto ou igreja gozará de subvenção official, nem terá relações de dependencia, ou alliança com o Governo da União, ou o dos Estados.»

Entre nós, portanto, o Estado é não, diremos *atheu*, mas *leigo*, a igualdade entre as religiões é completa e todas as confissões estão sujeitas ao direito commum.

No regimen monarchico, antes de 1890, a cousa era differente com a existencia da religião de Estado e as instituições do Padroado, o *regalismo* de um lado e de outro lado uma Igreja privilegiada.

Então ainda havia delictos religiosos, como era entre os crimes chamados *policiaes* (contravenções), a celebração de culto *dissidente* em casa com fórma exterior de templo e a propagação de doutrinas *contrarias á existencia de Deus e á immortalidade da alma!*

Assim o codigo criminal de 1830 dizia:

« Art. 276. Celebrar em casa, ou edificio, que tenha alguma fórma exterior de templo, ou publicamente em qualquer logar, o culto de outra religião, *que não seja a do Estado*: penas, etc.

Art. 278. Propagar por meio de papeis impressos, lithographados ou gravados, que se distribuirem por mais de 15 pessoas, ou por discursos proferidos em publicas reuniões, doutrinas, que directamente destruam as verdades fundamentaes da *existencia de Deus e da immortalidade da alma:* penas etc.»

Hoje em dia em semelhante assumpto, como neste capitulo do codigo vigente, não se trata absolutamente de delictos contra a religião, punidos outr'ora até com os mais atrozes supplicios autorisados pelo proprio direito da igreja e de que era um ultimo residuo as citadas disposições do codigo anterior. Mas o livre exercicio dos cultos deve ser especialmente protegido contra os actos que o entravam? Póde haver duvida?

Si se admitte que o Estado não tem por que preoccupar-se com as crenças e com os cultos, deve mesmo ignoral-os completamente, a consequencia deste ponto de vista seria deixar as cousas e os ministros dos cultos sob o imperio do direito commum e de não punir de uma maneira particular os actos que teem como resultado impedir o livre exercicio dos cultos.

Seguramente não é sob esse aspecto que o nosso legislador, o francez, o italiano e outros teem considerado os factos de que tratamos.

Os impedimentos ou estorvos ao livre exercicio dos cultos devem ser punidos, não sómente porque esses factos compromettem a ordem publica, mas ainda porque elles atacam, como vimos, uma das mais preciosas liberdades garantidas nas constituições politicas dos povos livres.

O Estado não impõe a ninguem crença ou culto; mas respeita todas as crenças e todos os cultos e obriga todos a respeitarem as crenças e cultos dos seus concidadãos.

Si, pois, a lei não tem que se immiscuir no dominio religioso, ella deve e póde garantir a todos o direito que pertence a cada um de seguir ou praticar qualquer culto conforme suas crenças.

Em consequencia, aquelle que embaraça ou impede a liberdade religiosa de um individuo ataca um direito especialmente collocado sob a salvaguarda da lei social e torna-se por isso mesmo punivel. [1]

34. Entre nós, como vimos, a lei protege *todos* os cultos, em vez dos *autorisados*, como succede em França.

E' mister não confundir a verdadeira e propria liberdade dos cultos ou religiosa com a livre discussão, que é uma das bases fundamentaes do direito publico hodierno e das instituições representativas.

Como sempre, nas especies do texto, o codigo penal alterou mal a sua fonte que foi o codigo italiano, confundindo e relacionando sem clareza as diversas figuras entre si.

Os crimes previstos neste capitulo podem ser commettidos:

Impedindo-se ou perturbando o exercicio das funcções religiosas, podendo tambem ser commettido sem violencia, ameaça ou contumelia, desde que haja a intenção de offender qualquer culto: é a especie do art. 186 do texto do codigo.

Duas podem ser as modalidades dessa figura, uma *simples* que é a do mesmo art. 186, e outra acompanhada de violencias contra a pessoa que o codigo refere tambem nos outros dous artigos do capitulo, conforme a disposição do art. 188 que em qualquer caso occurrente deve ser combinado com os arts. 185, 186 ou 187, conforme a hypothese.

Mas releva notar, tal aggravante do art. 188, em rigor só cabe no art. 186, como acontece com a disposição parallela do art. 140 do codigo italiano que coordena logo tal aggravante no mesmo artigo.

A razão é simples:

No art. 185, o desacato, o vilipendio já comprehendem a *vis*, o ultrage ou é simples ultrage e se acompanhado de violencia, o genero desta determinará a punição pelas normas communs a que se refere mesmo o art. 188 *in fine*.

No art. 187 já está incluida a *vis*, sendo a ameaça quasi synonima da violencia.

Feita essa observação geral, deve-se ainda notar que o crime previsto no art. 185 muita vez será commettido por meio de motim, tumulto e assuada com o fim de perturbar uma festa religiosa, como prevê o codigo no art. 119 pr. e n. 4º; entretanto elle deixou esquecida esta condição, tendo-a deixado deslocada no titulo anterior.

A outra figura, o *vilipendio publico* contra quem professa um certo culto para offender este ou indirectamente o proprio culto, não existe no codigo.

---

[1] Garraud, Obr. cit., vol. 4º, pag. 68.
Majno, Obr. cit., Part. I, art. 140, n. 727, pag 4.

Outra figura é o ultrage á confissão religiosa pelo vilipendio das cousas destinadas ao culto e é a prevista no art. 185 do codigo.

O lugar publico, que é um dos elementos do crime, não é só o templo, mas qualquer lugar para abranger as procissões, um funeral e semelhantes, como doutrina o direito italiano e opina Carrara.

Finalmente, a outra figura é a do art. 187 do codigo, isto é, o ultrage á confissão pela offensa aos seus ministros, quer com injurias, quer com violencia no exercicio *ou por causa de suas funcções*, phrase esta ultima de que o codigo não usa.

A lei penal consagra tambem sancções para factos analogos que o codigo inseriu como contravenções nos arts. 364 a 366 sobre a profanação dos sepulchros e assim o antigo sacrilegio converteu-se em figura de fórma aggravadora de desrespeito aos templos e cemiterios, pelo furto, incendio e outros crimes contra essas cousas, como v. g. a exhumação de cadaveres, etc..

Aqui os motivos moraes da incriminação se coordenam com diversos outros, como os interesses da ordem publica, o direito de propriedade, os preceitos da hygiene etc...

O *perjurio* tambem não é mais a violação da fé religiosa, mas da fé publica pelos seus effeitos prejudiciaes á ordem social ou aos interesses e direitos individuaes.

Para concluir, devemos dizer que todos os projectos posteriores, que aliás tiveram a mesma fonte do codigo vigente, melhoraram muito este.

Justificando, entretanto, o projecto de 1897 declaramos que aproveitamos o de 1893, neste capitulo e no seguinte, porque impõe a pena de detenção, em vez da prisão com trabalho e a privação do exercicio de profissão ou arte.

CAPITULO III

DOS CRIMES CONTRA A INVIOLABILIDADE DOS SEGREDOS

CODIGO

Art. 189. Abrir maliciosamente carta, telegramma, ou papel fechado endereçado a outrem, apossar-se de correspondencia epistolar ou telegraphica alheia, ainda que não esteja fechada, e que por qualquer meio lhe venha ás mãos; tiral-a de repartição publica ou do poder de portador particular, para conhecer-lhe o conteúdo :

Pena — de prisão cellular por um a seis mezes.

Paragrapho unico. No caso de ser revelado em todo, ou em parte o segredo da correspondencia violada, a pena será augmentada de um terço.

Art. 190. Supprimir correspondencia epistolar ou telegraphica endereçada a outrem :

Pena — de prisão cellular por um a seis mezes.

Art. 191. Publicar o destinatario de uma carta, ou correspondencia, sem consentimento da pessoa que a endereçou, o conteúdo, não sendo em defesa de direitos, e de uma ou outra, resultando damno ao remettente:

Pena — de prisão cellular por dous a quatro mezes.

Art. 192. Revelar qualquer pessoa o segredo de que tiver noticia, ou conhecimento, em razão de officio, emprego ou profissão :

Pena — de prisão cellular por um a tres mezes e suspensão do officio, emprego ou profissão por seis mezes a um anno.

Art. 193. Nas mesmas penas incorrerá o empregado do Correio que se apoderar de carta não fechada, ou abril-a, si fechada, para conhecer-lhe o conteúdo, ou communical-o a alguem, e bem assim o do telegrapho que, para fim identico, violar telegramma, ou propagar a communicação nelle contida.

Paragrapho unico. Si os empregados supprimirem ou extraviarem a correspondencia, ou não a entregarem ou communicarem ao destinatario :

Penas— de prisão cellular por um a seis mezes e perda do emprego.

Art. 194. A autoridade que de posse de carta ou correspondencia particular utilisal-a para qualquer intuito, seja, embora, o da descoberta de um crime, ou prova deste, incorrerá na pena de perda do emprego e na de multa de 100$ a 500$000.

Art. 195. As cartas obtidas por meios criminosos não serão admittidas em juizo.

COMMENTARIO

33. Este capitulo corresponde ao IV do codigo penal neste titulo e livro e comprehende os crimes contra a *inviolabilidade dos segredos.*

E' um outro grupo de crimes contra a liberdade individual ou pessoal aquelles cujo objecto é a violação do segredo que ataca a autonomia do individuo e perturba relações intimas que a convivencia social cultiva.

Elles ferem um direito que a Constituição Federal declara garantir, quando diz no art. 72 :

« § 18. E' inviolavel o sigillo da correspondencia. »

Trata-se aqui do segredo epistolar (que comprehende o telegraphico e telephonico) — e do segredo profissional.

No direito romano, a abertura da carta e papeis semelhantes fechados ou sellados dava logar á *actio injuriarum* e á *actio furti*; si tratava-se de testamento cerrado, o facto era punido como *crimen falsi*; e só quando o papel era aberto e fechado de novo considerava-se o facto como estellionato.

No antigo regimen da Metropole portugueza a Orden. do Liv. 5º, Tit. 8º punia até com a morte em alguns casos a violação do segredo das cartas e outros!

Historicamente em França é mister chegar á época da revolução franceza para encontrar sancções garantidoras da inviolabilidade da correspondencia.

Não obstante, o direito francez é lacunoso e atrazado ainda hoje em mais de um ponto, como affirma Garraud. [1]

O codigo francez e os que o tiveram como fonte collocão taes crimes entre os abusos dos empregados das Postas ou Correios.

O nosso codigo criminal anterior distribuia as respectivas especies pelos titulos dos crimes por abuso de autoridade, art. 129, § 6º, e dos crimes contra as pessoas, arts. 215 a 218.

O codigo vigente, porém, seguiu aqui o codigo italiano, fonte tambem de todos os projectos da sua revisão.

Em geral, o elemento substancial do crime é a abertura da carta, telegramma, ou cousa semelhante que faculta ao violador o conhecimento do conteúdo della, isto é, o que se confia ao segredo, nos termos do art. 189 do texto do codigo penal.

A primeira figura do crime é « entrar no segredo epistolar d'outrem », o que se póde verificar de dous modos, ou abrindo indevidamente carta ou papel fechado não dirigido ao culpado, ou apoderar-se d'uma correspondencia epistolar ou telegraphica de outrem, que não esteja fechada; mas a ambos estes modos é essencial o fim de *conhecer o conteúdo* da carta ou papel ou da correspondencia epistolar ou telegraphica.

E' a figura do art. 189 do codigo penal.

Ha differença nos dous objectos do crime, mas o fim é o mesmo, a revelação do segredo e o meio o facto praticado indevidamente.

Si a carta for tirada com o fim de lucro, o autor do facto responderá por furto, conforme a autorisada opinião de Majno e outros. [2]

A lei considera uma circumstancia aggravante deste delicto o facto da revelação do segredo, que é a hypothese do paragrapho unico do citado art. 189.

Mas não exige, como faz o codigo italiano que a revelação cause damno, exigencia que aliás fazem os projectos de 1893 e 1897 e que o projecto de 1899 transmudou, para prejuizo resultante não da revelação, mas do *conhecimento!*

Tambem o art. 189 do cod. não generalisa o damno consequencial causado ao destinatario a outras figuras sinão á do art. 191. Os projectos de revisão corrigiram isso.

[1] Garraud, OBR. CIT., vol. 3º, pag. 451.
[2] Majno, OBR. CIT., I, pag. 470.

A outra figura é commettida, não com o apoderar-se do segredo, mas com « a suppressão da correspondencia epistolar ou telegraphica », ainda que não se tenha procurado conhecer o conteúdo della.

E' a especie do art. 190, do texto, que não quer dizer destruição sómente, mas qualquer facto que impeça a communicação entre o expedidor e o destinatario.

Aqui o cod. não contempla a aggravante do damno que os projectos generalisaram.

A terceira figura é o facto de « abusar d'uma correspondencia epistolar ou telegraphica não destinada á publicidade » da parte daquelle que desta está de posse, tornando-a publica indevidamente, quando verifique-se a condição de que o facto possa causar damno.

E' a especie do art. 191 do texto, em que o cod. alterou para peior a disposição parallela de sua fonte, que o projecto de 1899 adoptou, a exemplo dos anteriores e consiste no facto de publicar o que estiver na posse de correspondencia epistolar ou telegraphica o seu conteúdo não destinado á publicidade, de modo que do mesmo facto resulte damno. Os elementos deste crime são : correspondencia não destinada á publicidade, *confidencial*; publicidade indevida; damno *potencial* ou *effectivo*.

Não ha crime, e isto está de accordo com o art. 191, que aliás não precisava dizer, si a carta é publicada por necessidade, como exercitar um direito, exhibindo-a como documento, repellir um ataque, tutelar a propria honra e dignidade em geral, si se trata de favorecer os proprios interesses legitimos do remettente,

O art. 193 refere-se a taes factos quando praticados pelos empregados dos Correios e Telegraphos.

As penas, porém, são as mesmas e a disposição não acompanha as modalidades das figuras anteriores, não attende mesmo ao damno ou prejuizo. Apenas no paragrapho unico figura uma aggravante sobre a suppressão, extravio, não entrega ou não communicação ao destinatario, que, como se vê, são outras especies do crime.

Todos os projectos posteriores melhoraram o cod. nesta parte, considerando uma aggravante de todos os crimes do capitulo a qualidade de empregado de taes repartições.

O cod. enxertou no seu texto os arts. 194 e 195, sendo este a reproducção do art. 218 do cod. crim. anterior.

A formula do art. 194 é muito absoluta e nos casos admissiveis nella comprehendidos ha penas previstas neste capitulo, assim como no titulo dos « crimes contra a administração publica » e em outros.

Do mesmo modo, o art. 195 parece até vedar ao offendido a defesa de seus direitos e isto de algum modo em contradicção com a especie de dirimente do final do art. 191.

A' vista dessas observações, taes artigos só devem ser cumpridos na pratica com as mais rigorosas cautelas, uma vez que são a lei e não se lhes póde negar execução.

36. Passemos ao segredo *profissional*. O cod. pen., no meio das outras disposições, collocou o art. 192, que prevê a violação do segredo profissional, mas sem caracterisar o crime devidamente, de modo que póde dar lugar á punição d'um facto indifferente ou que apenas viole os preceitos da moral.

Em resumo, os elementos deste crime são a qualidade do agente; a revelação voluntaria do segredo; elementos estes dous que o cod. comprehende ou se subentende; e mais — o segredo que revelado possa causar damno e a falta de justa causa, sobre ambos os quaes o cod. silencia.

E isto quando ha grande controversia entre os autores e na jurisprudencia acerca dos proprios elementos constitutivos dessa especie criminosa.

Todos os projectos de revisão seguiram o cod. ital. em augmentar a penalidade quando o damno, em vez de *simplesmente possivel, verificou-se realmente.*

Em razão da sua propria affinidade é que esta hypothese criminosa foi collocada aqui entre os actos lesivos da inviolabilidade dos segredos e como um complemento da respectiva serie.

Entretanto, no cod. fr., art. 378, figura entre a injuria e a diffamação, e no cod. belga, art. 458, entre os delictos contra as pessoas.

A disposição do nosso cod. póde dar logar a serias difficuldades na applicação, como tem dado o cod francez.

O cod. allemão previne o caso no seu § 300.

Entre esses dous ultimos codigos ha muita differença.

As profissões são formalmente designadas no cod. allemão.

Os *auxiliares* dos profissionaes são submettidos pela lei mesma á obrigação do segredo.

A pessoa que tem confiado um segredo póde dispensar o depositario da obrigação de calar-se.

O processo não tem lugar sinão mediante queixa. Estas duas ultimas disposições, diz Hallays, modificam inteiramente o caracter do segredo profissional, que não é mais considerado como de ordem publica. O § 300 é uma disposição destinada a proteger interesses particulares.

O direito francez é fertil em questões sobre o segredo profissional.

Assim, o mesmo autor sustenta que não ha necessidade da intenção de prejudicar para que haja crime. Esta opinião já era seguida por Blanche contra a jurisprudencia franceza.

O que dizer do silencio do nosso codigo?

Pensamos que é preferivel a jurisprudencia franceza na solução da questão.

Quid, si o depositario do segredo o revela como testemunha?

Elle póde deixar de depôr allegando simplesmente o segredo profissional; mas, si depuzer, não é criminoso, attento o justo motivo que lhe assiste. E' a opinião de Blanche, que póde ser applicada no silencio do nosso codigo.

Hallays pensa diversamente; e por outro lado sustenta que haverá delicto, ainda quando a pessoa que tem confiado o segredo autorise o seu confidente a fallar, opinião inadmissivel, porque entra na constituição do delicto grande parte da protecção ao interesse privado.

A disposição que ora commentamos só é applicavel aos segredos *particulares*.

Já tratámos de outros previstos no titulo I deste livro.

O art. 192 comprehende os empregados dos correios e telegraphos.

Tratando-se de assumpto pouco conhecido entre nós citamos alguns autores. [1]

Sobre o mesmo assumpto, parece que ha outras legislações ainda menos rigorosas que a allemã.

Na Inglaterra, não sómente não ha lei alguma que interdiga a revelação de segredos, mas parece que a jurisprudencia recusa aos medicos, chamados como testemunhas diante dos tribunaes, o direito de se abrigarem atrás do segredo profissional.

Assim, o Dr. Gordon Smith observa que a sociedade em geral admitte a autoridade dos tribunaes como superior a todos os obstaculos e a todas as considerações privadas, de sorte que, cedendo á uma autoridade semelhante, um homem de nossa profissão será plenamente absolvido, mesmo na opinião daquelles que podem ser victimas da revelação. [2]

Não se trata aqui do que os inglezes chamam *segredos officiaes*, politicos ou de Estado, que elles punem como se faz geralmente com o maximo rigor. [3]

Finalmente, o nosso codigo penal á vista do seu art. 407 não excluiu a acção publica dos crimes deste capitulo, quando ella só devia caber nos casos dos arts. 193 e 194, como estabeleceram os Projectos de 1893 e 1897 e incompletamente o projecto de 1899.

---

[1] Hallays, LE SECRET PROFESSIONEL, Paris, 1890, pags, 25, 33 e 53; Blanche, OBR. CIT., vol. 5º, pg. 606, ns. 450 e 451; Negri, *apud* Cogliolo, OBR. CIT., 2º vol., Part. 1ª., pg. 569; Garraud, OBR. CIT., vol. 5º, pg. 52.

[2] Gordon Smith. ANALYSIS OF MEDICAL EVIDENCE, pg. 98; Taylor, TRATÉ DE MEDICINE LEGALE, Paris, 1881, pg. 39.

[3] Stephen, A. DIGEST CIT., pg. 48, art. 65; Seymour Harris, PRINCIPLES, ETC., CIT. (trad. de Bertola) pg. 41.

Para condemnar o codigo neste ponto basta considerar que o proprio offendido póde ter todo interesse por motivos de honra, dignidade, credito ou outros que o segredo violado não se vulgarise.

CAPITULO IV

DOS CRIMES CONTRA A INVIOLABILIDADE DO DOMICILIO

CODIGO

Art. 196. **Entrar á noite na casa alheia, ou em quaesquer de suas dependencias, sem licença de quem nella morar :**

Pena—de prisão cellular por dois a seis mezes.

Paragrapho unico. Si o crime fôr commettido exercendo-se violencia contra a pessoa, ou usando-se de armas, ou por duas ou mais pessoas que se tenham ajuntado para aquelle fim :

Pena—de prisão cellular por tres mezes a um anno, além daquellas em que incorrer pela violencia.

Art. 197. E' permittida a entrada de noite em casa alheia :

§ 1.° No caso de incendio ;

§ 2.° No de immediata e imminente ruina ;

§ 3.° No de inundação ;

§ 4.° No de ser pedido soccorro ;

§ 5.° No de se estar alli commettendo algum crime, ou violencia contra alguem.

Art. 198. Entrar de dia na casa alheia, fóra dos casos permittidos, e sem as formalidades legaes ; introduzir-se nella furtivamente ou persistir em ficar contra a vontade de quem nella morar :

Pena—de prisão cellular por um a tres mezes.

Art. 199. A entrada de dia em casa alheia é permittida :

§ 1.° nos mesmos casos em que é permittida á noite ;

§ 2.° Naquelles em que, de conformidade com as leis, se tiver de proceder á prisão de criminosos ; á busca ou apprehensão de objectos havidos por meios criminosos ; á investigação dos instrumentos ou vestigios do crime ou de contrabandos, á penhora ou sequestro de bens que se occultarem ;

§ 3.° Nos de flagrante delicto ou em seguimento de réo achado em flagrante.

Art. 200. Nos casos mencionados no § 2° do artigo antecedente se guardarão as seguintes formalidades :

§ 1.° Ordem escripta da autoridade que determinar a entrada na casa ;

§ 2.° Assistencia de escrivão ou qualquer official de justiça, com duas testemunhas.

Art. 201. Si o official publico, encarregado da diligencia, executal-a sem observar as formalidades prescriptas, desrespeitando o recato e o decoro da familia, ou faltando á devida attenção aos moradores da casa :

Penas—de prisão cellular por um a dous mezes e multa de 50$ a 100$000.

Art. 202. Da diligencia se lavrará auto assignado pelos encarregados da mesma e pelas testemunhas.

Art. 203. As disposições sobre a entrada na casa do cidadão não se applicam ás estalagens, hospedarias, tavernas, casas de tavolagem e outras semelhantes, emquanto estiverem abertas.

COMMENTARIO

37. No capitulo V do codigo que corresponde aos textos acima dos arts. 196 a 203 trata elle dos crimes contra a inviolabilidade do domicilio.

A casa representa para a vida privada, como diz Pessina, a atmosphera mais necessaria á sua propria autonomia : *domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum*.

Os inglezes dizem : a minha casa é o meu reino, *My house is my kingdom*.

A inviolabilidade do domicilio está escripta em todas as Constituições Politicas dos povos livres como um do dos direitos mais sagrados da individualidade humana.

Os romanos consideravam como uma das figuras da *injuria realis* o *vi domum introduire*, isto é, para os romanos constituía ultraje ou desacato, incluindo a violencia, o facto de entrar á força na casa d'outrem.

A nossa Constituição Federal declara como um dos direitos garantidos no art. 72 o de que ora tratamos, na disposição seguinte :

« § 11. A casa é o asylo inviolavel do individuo ; ninguem póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, sinão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, sinão nos casos e pela fórma prescriptos por lei.»

E' quasi que sobre a lettra dessa disposição que foram calcados os projectos de 1893 e 1897 nas disposições correspondentes ás do codigo penal neste capitulo e art. 35 § 1º e 39 § 12 do mesmo codigo.

O domicilio do individuo comprehende estrictamente, não só a sua personalidade, como tambem a familia e é por isso que os codigos como os nossos distinguem a violação do domicilio das offensas á liberdade pessoal. Entretanto reconhecem a união intima entre o *domicilio* e a *personalidade*, como diz Puglia, tanto que qualquer violação daquelle considera-se como uma offensa feita á esta ultima e propriamente como um attentado á *liberdade pessoal*. E' a razão porque ambos os grupos de crimes figurão neste titulo do codigo, geral sobre os crimes contra a liberdade.

Neste capitulo não se prevê a violação do domicilio que serve de meio ou que é meio necessario para commetter outro crime ; porque, em tal caso, conforme as condições em que se realizasse o facto, poderiam ter applicação, segundo a doutrina e alguns codigos as disposições relativas ao concurso de crimes e penas, previsto no art. 66 e seus §§, ou a circumstancia aggravante do art. 39 § 12 — « ter sido o crime commettido com a entrada ou tentativa para entrar, em casa do offendido, com intento de perpetrar o crime »,

materias de que tratamos na *Parte Geral* quando commentamos o codigo n'outra obra sobre essa parte. [1]

Ao contrario, a figura criminosa para a qual dispõe o codigo, arts. 196 e 198, consiste no facto de quem, sem motivo legitimo (arts. 197 e 199), se introduz ou se conserva na habitação de outrem, *sem* licença, ou de modo *insidioso* ou *clandestino*.

Os extremos essenciaes de tal delicto, como diz Puglia, são a *introducção* ou *estada* na habitação de outrem ou nas dependencias della ; a falta de motivo *legitimo* para isso, e a prohibição ou *vontade contraria* de quem tem o direito de excluir aquelle que se permitte ahi penetrar ou estar.

A violação do domicilio póde ser commettida ou pelo particular ou por uma autoridade ou agente seu ; considerado o facto sob o primeiro aspecto, deveria ser collocado entre os crimes contra a liberdade individual ; sobre o segundo aspecto, entre os crimes que atacam o Estado na sua actividade juridica e consistentes no abuso de poder e autoridade dos funccionarios publicos.

Pessina, seguindo este systema, observa que, quando a violação do domicilio é commettida por um *official publico*, é violado o respeito que a autoridade deve á inviolabilidade do domicilio particular. O codigo italiano colloca bem aqui na opinião de Puglia tambem este crime. [2]

Foi o systema seguido pelo nosso codigo, que se desviou delle em outros pontos e por todos os projectos.

O nosso codigo penal faz duas especies, arts. 196 e 198, da entrada na casa alheia, conforme é, á noite ou de dia, consigna aggravantes para aquella, mas não para esta, quando em logar *ermo* pode ser mais perigoso o assalto ou a entrada do que á noite em cidades populosas illuminadas a gaz e á electricidade ; sendo que a violencia, o uso de armas, e a *pluralidade* de agentes devem aggravar o facto tanto á noite, como de dia; sendo ainda de notar que o logar ermo é uma circumstancia aggravante geral, como a da noite e prevista n'uma só e mesmissima disposição do codigo, o art. 39, § 1º.

Os projectos de 1893 e 1897 simplificaram muito este capitulo.

Acerca do art. 206 do primeiro, aliás remodelado no segundo, disse o parecer da Faculdade de Direito de S. Paulo :

« Desta redacção se conclue ou que a autoridade, quando entra na casa alheia em qualquer daquellas circumstancias, abusa, ou então que, nas mesmas circumstancias, póde abusar das proprias funcções. »

---

[1] Do autor : *Cod. Pen. commentado cit.*, pags. 64 e 325 do 2º vol.
[2] Puglia, MANUALE, CIT. 2º vol., pag. 62.

A critica não procedia, porque o abuso da autoridade está justamente no facto de entrar na casa alheia nas condições do questionado art. 206 e sem ser nos casos excepcionaes em que a entrada á revelia do dono é licita.

O codigo penal, arts. 197 e 199 a 203, faz uma extensa casuistica para os factos permittidos de entrada, conceituando o que não é casa, e incluindo disposições meramente processuaes e até policiaes, comprehendendo tudo oito artigos !

O que determina a natureza da casa como asylo e cuja habitação basta para tornar criminosa a entrada arbitraria é o destino que lhe dá o habitante. [1]

Uma casa de negocio ou uma tasca, si ahi não mora alguem, não é uma habitação.

« 1.º O principio da inviolabilidade do domicilio não é tão absoluto que se não possam reconhecer excepções.

2.º Entre estas excepções, segundo o art. 203 do codigo penal, estão as entradas em casas de tavolagem e outras semelhantes.

3.º Não é passivel de qualquer penalidade a autoridade que no exercicio de suas funcções commette violencias, sem que se demonstre a ausencia do motivo legitimo.

4.º Desde que a lei concede á autoridade o direito de dar busca, nelle se comprehende o de arrombar a porta que não for aberta á sua intimação e de entrar á força ; e o mesmo poderá praticar com qualquer porta interior, armario ou qualquer outra cousa onde se possa com fundamento suppôr escondido o que se procura : « *Sentença* do Dr. Lima Drummond, juiz do Tribunal Civil e Criminal de 6 de maio de 1898. [2]

« A inviolabilidade do domicilio na figura do art. 196 do codigo penal tem por extremos essenciaes: 1º, a entrada á noite na casa alheia ou em qualquer de suas dependencias; 2º, falta de motivo legitimo dos enumerados na lei ; 3º, prohibição ou falta de consentimento do morador ; e não se confunde com a aggravante » : Acc. da Relação, *Minas Geraes*, 3 de fevereiro, 1900.

« Crimes de violação do domicilio, espancamento e carcere privado commettidos por agente de policia (inspector seccional): sancção penal.

O soldado que, em execução de ordem do referido agente policial, penetra no domicilio do cidadão e o espanca, é, como elle, criminalmente responsavel e incide nas penas dos arts. 198 e 303 do codigo penal. Intelligencia do art. 28 com-

---

[1] Majno, Obr. cit., art. 157, n. 806.
[2] Revista de Jurisprudencia, cit., vol. 4º, pag. 347.

binado com o art. 229 do codigo penal » : Accordão da Côrte de Appellação, 16 de setembro de 1898. [1]

O projecto de 1896 melhorou a redacção do codigo, mas incidiu no vicio da casuistica do codigo e isto mesmo foi mantido no projecto de 1899; por isso é que, justificando o projecto de 1897, dissemos que a redacção do projecto de 1896 era por de mais casuistica e inclue disposições até processuaes, si não puramente policiaes.

CAPITULO V

DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE DE TRABALHO

CODIGO

Art. 204. Constranger, ou impedir alguem de exercer a sua industria, commercio ou officio; de abrir ou fechar os seus estabelecimentos e officinas de trabalho ou negocio; de trabalhar ou deixar de trabalhar em certos e determinados dias:

Pena—de prisão cellular por um a tres mezes.

Art. 205. Seduzir, ou alliciar, operarios e trabalhadores para deixarem os estabelecimentos em que forem empregados, sob promessa de recompensa, ou ameaça de algum mal:

Penas—de prisão cellular por um a tres mezes e multa de 200$ a 500$000.

Art. 206. Causar, ou provocar, cessação ou suspensão de trabalho, para impor aos operarios ou patrões augmento ou diminuição de serviço ou salario:

Pena—de prisão cellular por um a tres mezes.

§ 1.º Si para esse fim se colligarem os interessados:

Pena—aos chefes ou cabeças da colligação, de prisão cellular por dous a seis mezes.

§ 2.º Si usarem de violencia:

Pena—de prisão cellular por seis mezes a um anno, além das mais em que incorrerem pela violencia.

LEI

Art. 1.º Os arts. 205 e 206 do codigo penal e seus paragraphos ficam assim redigidos:

1.º Desviar operarios e trabalhadores dos estabelecimentos em que forem empregados, por meio de ameaças, constrangimento ou manobras fraudulentas:

Penas—de prisão cellular por um a tres mezes e de multa de 200$ a 500$000.

2.º Causar ou provocar cessação ou suspensão de trabalho por meio de ameaças ou violencias, para impor aos operarios ou patrões augmento ou diminuição de serviço ou salario:

Pena—de prisão cellular por um a tres mezes.

(Decreto do Governo Provisorio n. 1162 de 12 de dezembro de 1890.)

---

[1] O Direito, vol. 82, pags. 260 e 277.

COMMENTARIO

38. O cod. pen. começou a vigorar no Districto Federal em 20 de dezembro de 1890, em 1º de fevereiro de 1891 em todos os Estados do littoral desde o Rio Grande do Sul até o Pará e em Minas Geraes e em 1 de março do mesmo anno nos Estados do Amazonas, Goyaz e Matto Grosso, tudo conforme o decreto do Governo Provisorio n. 1127, de 6 de dezembro de 1890.

Sendo assim, os arts. 205 e 206 do texto do codigo penal foram substituidos antes mesmo de sua execução pelo art. 1º ns. 1º e 2º do citado decreto n. 1162 que collocamos acima, logo depois do texto deste capitulo que corresponde ao VI do codigo neste titulo.

O decreto foi justificado pelo Governo Provisorio com as palavras que o precedem «considerando que a redacção dos arts. 205 e 206 do codigo penal póde na execução dar logar a duvidas e interpretações erroneas e para restabelecer a clareza indispensavel sobretudo ás leis penaes ».

Este capitulo V corresponde ao VI do codigo penal e abrange os arts. 204 a 206.

O projecto de 1893 seguiu aqui em parte o codigo e a alteração feita pelo citado decreto n. 1162.

Mas o projecto de 1896 mantido em 1899 seguiu até certo ponto o decreto n. 1162.

Justificando o nosso projecto de 1897 e alludindo ao do anno anterior dissemos:

« No V e ultimo capitulo o substitutivo segue a nova redacção na suppressão do elemento ou condição para caracterisar uma das fórmas da gréve ou parede.

Em essencia não ha porém alterações sensiveis entre o projecto, a nova redacção e o substitutivo ».

Nós mantivemos o direito vigente, o ultimo projecto reproduziu o codigo italiano.

A Constituição Federal na *declaração de direitos*, art. 72, diz:

« § 24. E' garantido o livre exercicio de qualquer profissão moral, intellectual e *industrial*.»

O art. 204, do nosso codigo penal, cuja fonte foi o codigo italiano, art. 165, prevê a coarctação que se faça, empregando-se violencias ou ameaças com o fim de restringir ou impedir a liberdade de industria ou de commercio, destes dous factores da actividade economica que o codigo designa pelo nome geral de trabalho.

Por outro lado, a intelligencia do art. 165 do codigo italiano parallelo ao nosso art. 204 é reputada difficil e Majno opina que elle comprehende todos os casos não comprehendidos nos arts. 166 e 167 ou 205 e 206 do nosso codigo, assim como que basta a violencia e a ameaça com a possi-

bilidade do evento ou exito, embora este não se produza para caracterizar a figura respectiva do art. 204 do nosso codigo. [1]

Este elemento assim como o negativo de não exigir-se a união de duas ou mais pessoas são communs ás outras disposições deste capitulo.

O outro elemento commum é a violencia ou ameaça com as restricções que veremos figurar no codigo e no decreto citado.

A figura do art. 204 se distingue das outras em que nelle se impede ou restringe a liberdade de commercio ou industria, ao passo que nas outras apenas se tenta alterar as relações economicas do trabalho e do capital.

O crime contemplado no art. 204 é um crime *material*, e não formal; é mister por isso mesmo que effectivamente se impeça ou restrinja a liberdade— não se trata de uma coerção vaga ou generica, como por exemplo a do art. 180 do cod.

Ambrogio Negri considera o art. 154 do codigo italiano . parallelo ao art. 180 do nosso uma regra geral de que os arts. 165 a 167, ou arts. 204 a 206 do nosso são regras especiaes. [2]

O certo é que no direito hollandez a sancção contra as *grèves* achavam-se simplesmente naquella disposição, o que importa o mesmo que dizer que os delictos respectivos commettidos estão sujeitos sómente ao imperio do direito commum.

O art. 205 do codigo penal alterado ou substituido, como já vimos, pelo decreto citado art. 1º, n. 1, não tem correspondente no codigo italiano, nem no projecto de 1899, mas tem-no nos projectos de 1893 e de 1897: póde ser considerado o facto nelle previsto como meio para realisar a coalição, *grève* ou parede, prevista como realizada no art. 206, e Decreto citado, art. 1º, n. 2.

A Inglaterra foi a primeira nação que reconheceu o direito de lutar pelo salario e pela liberdade da coalição, hoje só se véda alli a restricção do livre curso do commercio e dos preços do trabalho por modos coercitivos.

A lei austriaca falla de violencias ou intimidação; a lei germanica e os codigos hungaro, hollandez e belga accrescentam damnos, contumelias, injurias, diffamações, etc.; a lei franceza é que falla de *manobras fraudulentas*, que o nosso codigo penal, não na figura nitida da *grève* do art. 206, mas na do art. 205 adoptou inteiramente pela nova redacção posterior que a substituiu do n. 1 do art. 1º do citado Decreto.

O art. 206 não exige como sujeito activo a pluralidade de delinquentes, o que aliás acontecerá quasi sempre.

---

[1] Majno, Obr. cit. i, art. 165.

[2] Ambrogio Negri, *apud*, Cogliolo, Completo Trattato, cit. 2º vol., Part. I, pg. 592.

Do mesmo modo o sujeito passivo póde ser um só.

O elemento constitutivo é a violencia ou ameaça : Decreto citado art. 1º n. 2, que alterou o art. 206 do codigo, como se vê acima nos textos de ambos.

Os actos fraudulentos não são criminosos, salvo na especie do art. 205 e Decreto art. 1º, n. 1.

Entretanto, digamos entre parenthesis, contra as expressões *artificios fraudulentos* ou outras equivalentes, que ellas não foram acceitas no codigo italiano por serem indeterminadas e pelos máos effeitos que teem produzido na applicação, como serve de exemplo a jurisprudencia franceza.

O crime fica considerado consummado com a cessação ou suspensão do trabalho; o fim do agente é impôr augmento ou diminuição de salario ou de serviço.

Em nosso paiz taes disposições serão de rara applicação, porque faltam as populações operarias numerosas e a escassez do pessoal faz com que o operario imponha o preço ao patrão e não este áquelle.

Masé-Daria censura nesta parte o codigo italiano com certas vistas largas, mas não tem inteira razão na critica que faz, porque esta reduz-se a pretender provar que a lei actual ahi pouco differe das anteriores. [1]

Ainda com referencia ao art. 204 do codigo, cujo correspondente no italiano, segundo vimos, é considerado de difficil intelligencia para os seus interpretes, diz Garraud sobre disposições parallelas do codigo francez, que ellas são armas velhas e desusadas que o poder publico conserva sómente para servir-se dellas em circumstancias excepcionaes e cujo uso só póde ser justificado quando a violencia ou a fraude intervem nos factos. [2]

TITULO IV

DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PUBLICA

CAPITULO I

PECULATO

CODIGO

Art. 221. Subtrahir, consumir ou extraviar dinheiro, documentos, effeitos, generos ou quaesquer bens pertencentes á fazenda publica, confiados á sua guarda ou administracção ou á de outrem sobre quem exercer fiscalisação em razão do officio;

---

[1] Masé-Daria *apud* Lombroso, Troppo Presto, *appunti al nuovo codice etc.*, 2ª ed. pg. 119.

[2] Garraud, Obr. cit., vol. 5º, pg. 453.

Consentir, por qualquer modo, que outrem se aproprie indevidamente desses mesmos bens, os extravie ou consuma em uso proprio ou alheio:

Penas — de prisão cellular, por seis mezes a quatro annos, perda do emprego e multa de cinco a 20 % da quantia ou valor dos effeitos apropriados, extraviados ou consumidos.

Art. 222. Emprestar dinheiros, ou effeitos publicos, ou fazer pagamento antecipado, não tendo para isso autorisação:

Penas — de suspensão do emprego, por um mez a um anno e multa de cinco a 20 % da quantia emprestada ou paga por antecipação.

Art. 223. Nas penas dos artigos antecedentes e mais na perda do interesse que deveriam perceber, incorrerão os que, tendo, por qualquer titulo, a seu cargo ou em deposito, dinheiros ou effeitos publicos, praticarem qualquer dos crimes precedentemente mencionados.

COMMENTARIO

30. Este titulo corresponde ao V do codigo que contém um capitulo unico subdividido em sete secções.

Aqui o titulo está dividido em seis capitulos.

Por necessidades de methodo, é impossivel seguir no texto acima a ordem numeral ou successiva dos artigos do codigo.

E' mister estabelecer antes os principios geraes que dominam toda a materia geral deste titulo, para depois tratar especialmente do objecto dos respectivos capitulos que correspondem ás secções do Codigo.

Pessina classificando os crimes conforme offendem o direito social ou o individual; de modo predominante em cada um delles, enumera os crimes contra a personalidade do Estado na sua actividade juridica, collocando em primeira linha entre estes ultimos, os *eleitoraes* de que já tratámos no titulo primeiro, e em segunda linha os que constituem *o abuso do officio publico*, como genero que comprehende os crimes deste titulo do nosso Codigo Penal.

O nome do genero no direito francez é *forfaiture*, no italiano, para alguns autores, é *prevaricazione*. A *prevaricação*, tanto no nosso Codigo Criminal anterior, como no Codigo Penal vigente, é *especie* e não *genero* dos mal chamados crimes de *responsabilidade* dos empregados publicos.

Em todos os projectos de revisão, esta denominação comprehende sómente, a exemplo do Codigo Italiano, em *especie*, o abuso do officio de advogado em certas e determinadas condições.

Nós não temos termo que exprima o *genero*, e sobre esta questão, como nota Pessina, tudo isto parece uma superfetação, porque fazer da questão do nome uma questão de substancia póde dar logar a suppôr que entre varios crimes

de abuso de officio ha alguns para os quaes falta determinação penal expressa.

O «abuso do officio publico», diz o mesmo autor, é *nomen juris*, generico, por nós adoptado para designar todas as figuras possiveis de crimes pelos quaes o depositario da autoridade social vem a violar a santidade do seu ministerio e com isto a conculcar o Direito do Estado que elle é chamado a representar como autoridade concreta. A autoridade do Estado é digna de respeito emquanto é a mesma idéa de justiça, que age sobre os individuos, graças a alguns delles, chamados a realisal-a praticamente; não sendo o exercicio do poder social acto de livre pratica, mas cumprimento de dever, ministerio social.

O fiel cumprimento do que a lei prescreve, segundo a apreciação conscienciosa do seu conteúdo, por parte do funccionario publico, é condição indispensavel para que o Estado faça reinar o Direito na vida social.

O Estado se purifica de todo elemento de arbitrio individual, graças á responsabilidade dos orgãos do Poder, em virtude da qual faz sujeitar á justa punição o que dentre elles trahe o mandato publico ou da justiça.

A's garantias de que os orgãos da autoridade são cercados no consorcio civil, devem, portanto, corresponder as penas pelos actos daquelles que se desviam, servindo-se do poder como um meio, assim como as aggravações da penalidade, quando elles incorram naquelles crimes que deviam prevenir, ou reprimir.

A historia mesma do direito nos ensina as varias hypotheses criminosas de taes factos e as varias determinações penaes que os legisladores lhes teem contraposto.

Mas a caracteristica commum a todas essas maneiras de delinquir, que fórma a indole propria dos crimes de officio, é converter aquelle poder, que é dado para a actuação da justiça social, num meio de violação do direito [1].

O *abuso de autoridade* é considerado, ora como *genero*, para significar todo crime do funccionario publico, commettido por meio da funcção, ora como *especie, innominado*, quando o crime não é tal que possa ter uma designação especial, como o *peculato, concussão, corrupção,* etc. [2].

Os crimes commettidos por empregados publicos no exercicio de suas funcções teem um caracter *profissional*, motivando uma classificação á parte no conjuncto das incriminações penaes. Pertencem a muitas variedades, que se podem grupar assim:

1º, infracções contra a *cousa publica ;*

---

[1] Pessina, ELEMENTI CIT. vol. 3º pag. 50.

[2] Carrara, PROGRAMMA DEL CORSO *di diritto criminale,* Lucca e Prato 1881-83, pag. 63, § 2509, Part. Spec. vol. 5º.

2º, contra os *particulares* ;

3º, contra os *bens* : ou 1º em crimes *de officio* propriamente dito, quando se trata da violação pelo funccionario das regras de sua profissão ; ou, 2º em crimes *mixtos*, quando a violação ao mesmo tempo fere essas regras *profissionaes* e as communs a todo cidadão [1].

Em geral, é o abuso da funcção ou profissão que, conforme a linguagem pouco expressiva do cod. crim. anterior e do cod. do processo crim. de 1832, constitue o que no nosso direito, até agora, chama-se crimes *de responsabilidade* dos empregados publicos.

O nosso cod. pen., como dissemos, não guardou aqui a ordem melhor, porque, como notava o ministro italiano Zanardelli, as noções *especificas* devem preceder ás *geraes* ou *genericas*.

Tambem não sendo possivel discriminar nitidamente factos que podem ser commettidos tanto por funccionarios, como por particulares, não é preferivel ao systema do cod. ital., o systema do cod. francez, que scinde muita vez aquellas noções, conforme a qualidade do agente, sendo esse o sentir insuspeito de Garraud.

E' a razão por que estamos, seguindo o systema dos projectos de revisão, na exposição das materias do cod., commentando os artigos deste, cujos defeitos iremos salientando, já em relação ao titulo em geral, já respectivamente ás secções especiaes, como a do *peculato*, que é a primeira de que passamos a tratar.

40. Justificando, nessa conformidade, o projecto de 1893, dissemos :

Este titulo exigiu modificações no sentido de corrigir conceitos erroneos de figuras criminosas e additar ou generalisar definições deficientes dos codigos anteriores, que se notam aliás no francez, belga, portuguez e outros.

O vigente, apezar de tomar como fonte neste ponto o italiano, affastou-se delle, não aproveitando as disposições por elle aperfeiçoadas de accôrdo com os codigos allemão, hungaro e hollandez e a jurisprudencia assente pelos autores e interpretes do direito romano.

Assim, os nossos codigos só comprehendem o *peculato* de cousas pertencentes á fazenda, quando a doutrina e legislação moderna não fazem differença, quando as cousas subtrahidas ou distrahidas pertençam a particulares, mas estejam sob a guarda de funccionarios *tanquam talis*. [2]

---

[1] Garraud, OBR. CIT. 3º vol. pag. 332.
[2] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS, ETC., de 1893, pag. 11.

Não obstante esta advertencia, o projecto de 1896 foi redigido de modo que, justificando o substitutivo de 1897, ainda diziamos:

E' um dos titulos em que se revela mais casuistica a nova redacção.

Apesar disto, parece que o conceito do *peculato* não abrange senão a cousa *publica* sob a guarda do empregado.

Entretanto já, a Ord. do Liv. 5º, Tit. 74, era tão comprehensiva quanto o direito romano sobre o desvio de dinheiros *particulares* empregando as expressões « ou furtar a outrem». [1]

Feito este reparo, os outros artigos do capitulo constituem repetições inuteis. [2]

E' impossivel argumentar, ou mesmo raciocinar, negando-se ou desconhecendo-se todos os principios.

O projecto de 1896, convertido no de 1899, não soffreu neste ponto alteração e o parecer da illustre commissão parlamentar, juridicamente, não o justifica a attender-se simplesmente ás suas proprias palavras :

« O titulo IV trata do *peculato*.

O conceito deste crime não é simplesmente o furto, quando commettido por empregado publico.

Os elementos constitutivos de semelhante infracção acham-se bem especificados no art. 178 do projecto, e desdobram-se assim:

I. Qualidade de empregado publico;

II. Apropriação, consumo, ou extravio de dinheiro, de effeitos publicos, ou de outros objectos a cargo do delinquente; consentimento deste para que outrem o faça.

Nem o projecto póde ser taxado de casuistico, quanto ás disposições dos arts. 179 e 180. Ellas apenas visaram tornar nitida a figura do crime de peculato, e bem conhecidas as pessoas que possuem a qualidade de funccionarios publicos; tudo isto com o louvavel intuito de evitar a variedade nos julgados.

E muito embora o *peculato* comprehenda as duas figuras do crime, que os citados artigos encerram, tomada que seja a expressão no seu sentido lato, a commissão, todavia, reputou mais conveniente especificar, até porque no seu projecto não encontra guarida a interpretação extensiva ou por analogia. [3]. »

Vê-se que os autores do projecto pronunciam o *penitet me*, reconhecendo implicitamente a casuistica com a repetição de casos *especiaes*, comprehendidos nos *geraes*;

---

[1] Pereira e Souza, CLASSE DOS CRIMES, ETC., Lisboa, 1816, pag. 104.
[2] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS, ETC., de 1897, pag. 9.
[3] PARECER ETC., CIT. de 1898, pag. 11.

não dizendo palavra sobre a extensão do *peculato* a cousas *particulares* sob a guarda do empregado publico, *tanquam talis*.

Silva Ferrão notou o defeito desde o nosso cod. crim. de 1830, corrigido neste ponto pelo cod. portuguez de 1852, que lhe serviu de fonte. [1].

O direito argentino e o cod. uruguayano, art. 168, não encerram tal defeito, embora o art. 267 do codigo argentino pareça duvidoso na applicação, segundo o Dr. Rivarola que faz distincções [2].

O direito hespanhol tem o velho sentido restricto [3].

Mas, o novo codigo hespanhol, art. 407, prevê effeitos ou cousas particulares [4].

A noção romana, pois, seguida por muitos codigos e adoptada pelos projectos de 1893 e 1897, é esta : *non solum pecuniam publicam sed etiam* PRIVATAM *crimen peculatus facere* — L. 9, § 3 D. *ad leg. Jul. peculatus*.

Como o gado (*pecus*) servia de moeda em Roma, além de constituir quasi que a sua riqueza nos primeiros tempos, figurando mesmo até a gravura de bois e carneiros sobre o primeiro cobre que serviu de moeda aos romanos, dahi vem a origem da palavra *peculato*.

A principio era o furto dos dinheiros publicos e de tudo que pertencia ao povo romano ou ao imperador.

Si o crime era commettido por thesoureiro ou administrador, tomava o nome de crime *de residuis*.

Diversas Ordenações de Portugal se referiam a esse crime sem dar-lhe tal nome.

Todos esses principios estão lucidamente estabelecidos por interpretes do codigo italiano, fonte do nosso, em uma vasta encyclopedia do respectivo direito [5].

41. Os elementos constitutivos das especies desta secção são : 1º, a qualidade de funccionario, thesoureiro, almoxarife, etc. ; 2º, a subtracção ou distracção ; 3º, de dinheiros ou cousa movel, publicos ou particulares ; 4º, sob a administracção, guarda ou exacção do empregado e em consequencia, em razão de suas funcções, *tanquam talis*.

O codigo penal, art. 221, como se vê do texto, quanto ao 1º elemento, nem declina o sujeito do verbo da oração prin-

---

[1] Silva Ferrão, OBR. CIT., vol. 6º, pag. 190.

[2] Dr. Rivarola OBR. CIT., vol. 3º, pag. 139, n. 1.071. Vasquez Acevedo, OBR. CIT., pag. 164.

[3] Pacheco, OBR. CIT, vol. 2º, pag. 505. Viada y Villa Secca, CODIGO PENAL, ETC. Madrid, 1890, vol. 2º, pag. 652.

[4] Gonzalez y Serrano, OBR. CIT., pag. 262.

[5] Manduca, *apud* Cogliolo, OBR. CIT., vol. 2º, part. I, pag. 683. Ferrini. IDEM, vol. 1º parte I, pag. 260 ; este ultimo quanto ao direito penal dos Romanos.

cipal, occulta-o, isto é, o sujeito do crime de *peculato*, mas no fim da 1ª parte do mesmo artigo considera como peculatario aquelle que exercer fiscalisação sobre este.

Assim, o inspector de uma alfandega ou o delegado fiscal do thesouro, em um Estado, é peculatario, quando o thesoureiro, ou pagador da sua repartição, incorrer no mesmo crime!

Isto é contrario a todos os principios do direito publico e do direito penal, como estão affirmados na Constituição e no proprio codigo penal, determinando (art. 72, § 19) que « nenhuma pena passará da pessoa do delinquente » e que (art. 25, paragrapho unico) « a responsabilidade penal é exclusivamente pessoal ».

« Nos crimes em que tomarem parte membros de corporação, associação ou sociedade, a responsabilidade penal recahirá sobre cada um dos que participarem do facto criminoso. »

O codigo anterior, fonte do actual, não induzia a taes absurdos, tanto que a jurisprudencia excluia da classificação funccionarios, em caso em que pareciam dever ser incluidos:

« O dinheiro do cofre dos orphãos, que se extravia, apezar de recebido por inventario, sujeita o *juiz* ás penas deste artigo, mas *não* assim ao *thesoureiro* do mesmo cofre, que fica sujeito ás penas do art. 154 deste codigo — Acc. da Relação do Rio, 12 outubro 1852 [1]. »

Em rigor, desde que o funccionario não tem o deposito ou o manejo do dinheiro ou cousas extraviadas, póde commetter outro crime, mas não o de peculato.

E' mister que elle tenha a administracção, guarda, ou exacção, mas não fiscalisação, porque os chefes a teem, desde o ministro, sobre os inferiores na hierarchia por gradações que chegam até o servente, que ainda póde fiscalisar o serviço de jornaleiros e carregadores.

O Cod. no art. 221, como se póde ainda ver do texto, emprega na sua linguagem diffusa outros termos, e referindo-se ao segundo elemento usa dos vocabulos *subtrahir*, *consumir* e *extraviar*.

Esta materia está eriçada de difficuldades, quer na theoria, quer na pratica, maximé entre nós, sob o imperio de uma lei defeituosissima.

O Cod. Francez, art. 169, emprega duas expressões equivalentes a duas do nosso codigo para designarem o acto fraudulento: o desvio ou extravio, *detournement*, e a subtracção *soustraction*.

---

[1] Paula Pessoa, COD. CRIM. ANNOTADO, art. 170, not. 522.

Quanto a este elemento do peculato, tendo o nosso codigo por fonte aqui o anterior e este o francez, é digna de menção a respectiva doutrina, como a expõem Garraud, seguindo a Chauveau e Helie e arestos da Côrte de Cassação.

« O simples *deficit* não basta: é mister que os dinheiros recebidos ou depositados tenham sido extraviados pelo depositario ou *comptable* no fim de despojar o seu proprietario. Effectivamente, o extravio de dinheiros commettido por um agente do thesoureiro não é outra cousa mais do que um abuso de confiança que se aggrava em razão da qualidade do indiciado. Aqui, pois, como em materia de abuso de confiança ordinaria, a intenção fraudulenta se presume quando o agente é posto em *mora* para restituir os dinheiros, effeitos ou titulos e que esta restituição é negada ou impossivel. E' inutil, sem duvida, fazer notar que o individuo ou accusado não poderia apoiar-se, para desculpar-se do extravio fraudulento que lhe é arguido, sobre a sufficiencia de sua fiança como garantia da restituição a que é obrigado.» [1]

Esta doutrina se coaduna com a jurisprudencia sobre o codigo antigo fonte do actual:

« Empregado de fazenda, por não ter recolhido no *prazo* da lei a importancia da arrecadação, deve ser preso administrativamente, e não effectuado o recolhimento do dinheiro arrecadado no *prazo* que lhe fôr marcado deve ser então processado criminalmente. » Acc. da Relação do *Ceará*, de 16 abril 1875; *O Direito*, vol. 11, pag. 124.

« Não é possivel constituir em responsabilidade o empregado publico qualquer, por crime de peculato, sem que *previamente* preste *contas* e seja verificado o seu *alcance*, com apropriação sua do dinheiro publico.» Acc. da Relação do *Rio de Janeiro*, 4 Maio 1877 ; *Gazeta Juridica*, vol. 16. [2]

E esta jurisprudencia estava de accôrdo com a legislação em vigor :

« Art. 6.º Si os thesoureiros, recebedores, collectores e contratadores depois de presos não verificarem as entradas dos dinheiros publicos no *prazo* marcado, se presumirá terem *extraviado*, *consumido* ou *apropriado* os mesmos dinheiros, e por conseguinte *se lhes mandará formar culpa* pelo crime de peculato, continuando a prisão no caso da pronuncia e mandando-se proceder *civilmente* contra os seus fiadores. » Dec. n. 657, de 5 de dezembro de 1849.

42. O processo dos extravios de dinheiro commettidos por um depositario ou responsavel publico, pergunta Garraud, está sujeito á alguma condição prévia? Deve-se dis-

---

[1] Garraud, Obr. cit. vol. 3º, pag. 343.
[2] Ferreira Tinoco, Cod. Crim. Annotado, art. 170, not. 156.

tinguir, para resolver esta questão, si se trata de dinheiros publicos ou de dinheiros particulares.

Seja-nos licito acompanhar *pari-passu*, attenta a sua autoridade, o citado autor francez e outros, uma vez que o respectivo Cod. Pen. foi a fonte dos nossos, para melhor explicar a doutrina do direito brazileiro actual, que não póde deixar de ser a mesma.

A) A descoberta de extravios de dinheiros publicos, commettidos por um depositario ou responsavel, pode-se apresentar na pratica, *antes*, *durante* ou *depois* da *liquidação* (*apurement*) da sua conta pela *autoridade competente*.

Qual será a jurisdicção que deverá primeiro estatuir? O tribunal criminal poderá reconhecer a existencia do crime commettido pelo responsavel, sem que previamente, a conta tenha sido liquidada pela jurisdicção administrativa competente? Ou, muito ao contrario, a jurisdicção administrativa deverá, em primeiro logar e por prioridade, liquidar a conta, de sorte que a rejeição das verbas *falsificadas*, si se trata dum processo por *falsidade*, ou a restauração das verbas *ficticias*, si se trata dum processo por *desvio*, tornar-se-ha a base da incriminação e da condemnação do agente responsavel? Isto importa o mesmo que indagar si a constatação da existencia do *deficit*, no caso em que ella é negada constitúe uma *questão prejudicial*, que deve ser examinada e decidida pela autoridade administrativa, competente para apreciar a responsabilidade do indiciado.

Demos agora a palavra a Hoffman por sua autoridade especial na materia:

Quando um *responsavel* por dinheiros publicos é processado em virtude dos arts. 169 e seguintes do codigo penal, por haver commettido uma subtracção punivel, a questão de saber, si ha *deficit* real, questão que não pode ser resolvida sinão depois da liquidação previa duma conta, é *prejudicial* e deve ser reenviada á decisão da autoridade administrativa competente, a menos que o *deficit* não seja reconhecido como constante pelo responsavel mesmo, ou que não tenha sido já verificado pela administração que tenha qualidade para fazel-o.

Mais particularmente conforme a este ultimo ponto são os arestos da Côrte de Cassação de 17 de outubro de 1840 e 17 de abril de 1847, decidindo especialmente o ultimo que, si o responsavel publico, processado por desvio ou extravio, pode, em geral, sustar o processo pedindo a liquidação prévia de sua conta, esta regra cessa entretanto de ser applicavel quando o processo tem tido lugar por denuncia mesmo do Ministro constituido pela lei, juiz da responsabilidade do funccionario: uma tal denuncia excluindo a approvação da conta apresentada por este funccionario.

Garraud cita arestos neste sentido da Côrte de Cassação de 1819, 1842 e 1855.

Blanche notando esta jurisprudencia, aconselha obedecêl-a, mas não a approval-a. Mas, na opinião de Garraud, os argumentos que elle indica, não lhe parecem satisfactorios. Sem duvida, esta jurisprudencia não pode invocar um texto preciso, que « como no caso de adulterio ou de diffamação, v. g., subordina a acção do ministerio publico á queixa da parte lesada. Mas ella invoca o principio geral da separação das autoridades e o art. 16 da lei de 16 de setembro de 1807.

Ora, observa ainda Garraud, como nós temos demonstrado, constatando, *antes* de qualquer liquidação de contas os extravios commettidos por um responsavel ou depositario publico, a autoridade *judiciaria* se *immiscuiria* numa questão precisamente reservada á uma jurisdicção *administrativa* especial.

Certamente, conclúe Garraud, a denuncia do ministro é exclusiva da approvação da responsabilidade pela administração, mas basta para constituir o responsavel em *debet* ? Nós não o pensamos, porque as jurisdicções administrativas foram precisamente instituidas para *julgar* e *liquidar* as contas por meio dum *processo legal* e sob a egide duma *instrucção technica*.

Effectivamente, Hoffman observa que Haus não admitte que possa haver na Belgica questões prejudiciaes *administrativas*, em face da sua Constituição art. 92 que declara que « todas as contestações que têm por objecto direitos civis são exclusivamente da alçada dos tribunaes».

Depois de combater a opinião de Haus, resolvendo todas as objecções que della resultão, conclue:

Attribuir ao tribunal de repressão o conhecimento das contestações que podem surgir entre a autoridade administrativa e o seu subordinado, reconhecer-lhe o direito de liquidar elle mesmo a conta apresentada por este ultimo e fixar o *deficit*, seria querer que na realidade elle praticasse um acto, que nós acabamos de dizer, não póde ser senão um acto da administração, seria confundir as attribuições de dous poderes distinctos, que nossas leis organicas têm cuidadosamente separado.

E' mister pois admittir que aqui ainda, a competencia do tribunal de repressão acha-se limitada por um principio não menos constitucional que aquelle que proclama o art. 92 da Constituição belga, isto é, pelo principio da *separacão dos poderes*.

Hoffman cita numerosos arestos dos tribunaes belgas no mesmo sentido.

E' pois certo que na Belgica, como em França, tem lugar a devolução do negocio á autoridade administrativa, para fixação do *reliquat* do responsavel processado por

desvio de dinheiros publicos, si ha contestação sobre este ponto.

Daqui resulta que, si o responsavel processado pede a suspensão do processo até a liquidação das suas contas pela autoridade administrativa, o tribunal de repressão é obrigado a concedei-o, desde que se provar que a excepção dilatoria reúne os caracteres queridos para a suspensão.

A suspensão diz ainda Hoffman, deveria mesmo ser pronunciada *ex-officio*, si houvesse duvida seria que o responsavel processado estivesse realmente alcançado, ou si se ignorasse por que somma o era; porque, por um lado, a condição que haja *alcance* é essencial para que possa haver condemnação; e, por outro lado, como as *penas*, assim como a competencia varião conforme a somma dos valores desviados ou subtrahidos, é muito necessario que o *reliquat* seja previamente determinado pela autoridade administrativa, antes que se possa proceder ao julgamento do negocio principal.

A suspensão poderia ser pedida tambem por qualquer outro individuo processado por desvio de fundos a elle confiados num fim determinado, si a prova do desvio dependesse duma prestação previa de contas a fazer administrativamente.

Entretanto, o responsavel, indiciado por delapidação de dinheiros publicos, não seria admittido a reclamar que a conta que o constitue reliquatario não havia sido debatida contradictoriamente com elle, si, posto em mora, elle se houvesse recusado a um debate contradictorio, e si assim tivesse collocado, por sua resistencia, a autoridade administrativa na necessidade de liquidar sua conta sem tel-o ouvido.

Digamos ainda que a suspensão ou addiamento de que nos temos occupado pode ser pedido diante das jurisdicções da instrucção, tão bem como diante das jurisdicções do julgamento.

A autoridade administrativa, a que se refere Hoffman, é o tribunal de contas, *Cour des Comptes*.

Digamos, entre parenthesis, antes de proseguir, que Haus, mais tarde, parece ter mudado de opinião, conformando-se com a doutrina corrente e a jurisprudencia belga, ao menos no ponto especial do peculato [1].

Assim, observa ainda Garraud, que o principio da *separação dos poderes*, consagrado pelas leis de 16-24 de agosto de 1790 e 16 do fructidor Anno II, leva a exigir, como *preliminar* do processo, por extravio, de um responsavel publico, que o culpado tenha sido, *préviamente*, de-

[1] Haus, Droit Pènal Belge, Paris 1879, 2º vol. pag. 407, n. 1192.

clarado *alcançado* ou devedor pela administração de que é preposto. (Faustin Hélie, *Prat. crim.* T. II, n. 321. A. Bertauld, *Questions et Exceptions préjudicielles* n. 70.)

O art. 16 da lei de 16 de setembro de 1807 confirma este ponto de vista. O exame de uma responsabilidade ou contabilidade exige conhecimentos *especiaes* e *technicos*. O processo diante do Tribunal de Contas (*Cour des comptes)* offerece as *garantias* as mais completas para chegar ao descobrimento da verdadeira situação das operações da caixa ou cofre a cargo do responsavel. E' possivel confiar, seja a *jurados*, seja mesmo a um tribunal *correccional*, a verificação de uma conta?

Quaes não seriam os inconvenientes de um systema que não subordinasse o processo dos extravios imputados aos responsaveis publicos á uma decisão prévia do Tribunal de Contas?

Si se suppõe um *veridictum* negativo do jury, em virtude do qual o responsavel fica livre, a decisão não terá, sem duvida, influencia alguma sob o ponto de vista da liquidação da conta. Mas, si se suppõe uma condemnação, o Tribunal de Contas ficará ligado por esta decisão, pois que a autoridade da cousa julgada, em materia criminal, é absoluta. Não se chegará assim a regularisar uma verdadeira *immixtão* da autoridade *judiciaria* nas materias reservadas á *administração*?

Eu creio, diz Garraud, dever estabelecer duas regras: 1ª, quando o extravio é descoberto, quer *antes*, quer *durante* a liquidação da conta, a jurisdicção criminal é incompetente *si et in quantum;* ella não deve, pois, ser previnida pelo Ministerio Publico; e, si ella é previnida, ella é obrigada, não a declinar, mas a sustar a sua acção, deixando de estatuir, até depois da liquidação da conta; 2ª, quando o extravio é descoberto *depois* da liquidação, uma distincção se impõe. A jurisprudencia repressiva julgará a infracção, si a accusação, longe de contestar a liquidação, se conforma.

Ao inverso, ella deverá sustar o procedimento, deixando de estatuir, si o extravio processado e provado contradiz os detalhes da conta ajuizada. Neste ultimo caso, ella aguardará a *revisão* da conta, que será provocada pelo procurador geral junto ao Tribunal de Contas, em virtude do art. 14 da lei de 16 de setembro de 1807.

B) Si se trata, porém, de um extravio de dinheiros particulares e que o responsavel nega que estes dinheiros tenham sido depositados em suas mãos ou lhe tenham sido confiados, a existencia do *deposito* ou do *mandato* deve ser provada segundo as regras da lei civil. Com effeito, nós sabemos que o systema de provas não depende da na-

tureza da jurisdicção ante a qual ellas serão dadas; depende da natureza do facto a provar.

A seu turno, diz ainda Hoffman, quanto ao desvio de dinheiros ou effeitos que teem sido depositados *voluntariamente* nas mãos de um depositario publico, ou de qualquer outra pessoa, elle constitue o abuso de confiança *por violação* do deposito, previsto no art. 408 do Cod. Pen. francez e dá logar, no caso de denegacão do deposito por parte do indiciado, á uma questão *prejudicial*, da alçada do juiz competente, para conhecer da infracção, mas que deve ser resolvida conforme as regras traçadas pela lei civil.

A opinião de Garraud e Hoffmann está de accôrdo com a de innumeras autoridades, como as de Blanche, Faustin Hélie, Chauveau, Bertauld e outros e com a jurisprudencia, que os primeiros attestam ser constante neste ponto. [1]

Numa palavra, si se trata de dinheiros *particulares*, a prova do *deposito* deve ser fornecida pelo interessado ou pelo Ministerio Publico, conforme o direito commum, porque nesta especie o *peculato* se assemelha á infidelidade no deposito particular.

Mas, note-se, conforme vimos, que os nossos codigos, anterior e vigente, não comprehendem tal especie de peculato.

Em 1857, commentando o Codigo Penal portuguez, comparado com o nosso Codigo Criminal anterior, observava Silva Ferrão, relativamente a Portugal, que, no regimento do Tribunal de Contas, art. 10, se acha providenciado, que, si pelo exame e verificação das contas, se reconhecer que um responsavel commetteu, no exercicio de suas funcções, dolo, falsidade, concussão ou *peculato*, o tribunal deverá, sem demora, dar conta, *a fim de que possa* ser instaurada a acção criminal competente. [2]

43. A boa doutrina ensinada por Blanche, Hoffman, Garraud, Chaveau e Hélie, Faustin Hélie, Bertauld e outros, está encarnada no nosso novo direito, e tendo mais fortes raizes do que em França, na constituição da Republica.

Assim, o primeiro principio, cardeal na materia, está na Constituição Federal, quando diz:

«Art. 15. São orgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o *Executivo* e o *Judiciario*, harmonicos e *independentes* entre si.»

---

[1] Garraud, OBR. CIT., 3º vol., n. 249, pag. 349; Blanche, OBR. CIT., vol. 3º, n. 360, pg. 659, n. 363, pag. 667; Hoffman, QUESTIONS PRÉJUDICIELLES, Paris, 1865-70, vol. 3º, pag. 89, e pags. 577 e seguintes. App. ns. 269 e seguintes; Hélie, PRATIQUE CRIMINELE, 2º vol. n. 321 pag. 204; Chaveau, Helie, Villey, THÉORIE DU CODE PÈNALE, Paris, 1887-88, 2º vol.; pag. 795.

[2] Silva Ferrão, OBR. CIT., vol. 6º, art. 313, pag. 191.

O segundo, quasi tão importante especialmente no caso, porque dá áquelle a sua effectividade real e pratica está na mesma Constituição, quando dispõe :

« Art. 89. E' instituido um *Tribunal de Contas* para *liquidar as contas* da receita e *despeza* e verificar a sua *legalidade*, antes de serem apresentadas ao Congresso.

Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da Republica, com approvação do Senado, e sómente poderão perder seus logares por sentença.»

O decreto legislativo n. 392, de 8 de outubro de 1896, que *reorganisa o Tribunal de Contas*, define bem a instituição :

« Art. 2.º O Tribunal de contas tem jurisdicção *propria* e *privativa* sobre as *pessoas* e as *materias* sujeitas á sua *competencia* ; abrange todos os *responsaveis* por dinheiros, valores e material *pertencentes á Republica*, ainda mesmo que residam fóra do paiz.

Agindo, como Tribunal de Justiça, as suas decisões definitivas teem força de sentença judicial.»

As citadas disposições, quer constitucionaes, quer da respectiva lei organica, conceituam a alta instituição e a sua grandiosa missão.

No ponto questionado, é a mesma lei que estabelece :

« Art. 3.º O Tribunal exercita a sua jurisdicção contenciosa :

3) Ordenando a *prisão* dos responsaveis com *alcance* julgado em *sentença definitiva* do Tribunal, ou intimados para dizerem sobre o *alcance verificado* em processo corrente de *tomada de contas*, que *procurarem ausentar-se furtivamente*, ou *abandonarem o emprego*, a commissão ou o serviço de que se acharem encarregados ou houverem tomado por empreitada. O tempo de duração da prisão administrativa não poderá exceder de *tres mezes*, findo o qual serão os documentos que houverem servido de base á decretação da medida coercitiva, remettidos ao *procurador geral* da Republica para instaurar o processo por crime de *peculato*, nos termos do art. 14 do decreto legislativo n. 221 de 20 de novembro de 1894.

« A competencia conferida ao Tribunal por esta disposição, em sua primeira parte não prejudica a do Governo e seus agentes, na fórma da segunda parte do art. 14 da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, para ordenar immediatamente a *detenção provisoria* do responsavel *alcançado, até que o Tribunal delibere sobre a dita prisão*, sempre que assim o exigir a segurança da Fazenda Nacional. »

A disposição citada neste n. 3 do art. 3º é a seguinte:

« Art. 14. E' mantida a jurisdicção da autoridade administrativa (decreto n. 657, de 5 de dezembro de 1849) para ordenar a *prisão* de todo e qualquer responsavel pelos di-

nheiros e valores pertencentes á Fazenda Federal, ou que, por qualquer titulo, se acharem sob a guarda da mesma nos casos de *alcance* ou de *remissão* ou *omissão* em fazer as entradas nos devidos *prazos*, não sendo admissivel a concessão de *habeas-corpus* por autoridade judiciaria, salvo si a petição do impetrante vier instruida com documento de quitação ou deposito do *alcance verificado*.»

« São competentes para ordenar a prisão, no Districto Federal, o ministro e secretario dos negocios da fazenda, e nos Estados, os inspectores das Alfandegas e os chefes e directores das Delegacias Fiscaes, relativamente aos individuos que funccionarem ou se acharem no referido Estado. »

No direito actual e vigente da Republica, o ministro da fazenda, só no Districto Federal, póde, no assumpto, ordenar a *detenção provisoria* do responsavel com *alcance julgado* em sentença *definitiva* do Tribunal de Contas, ou *alcance verificado* em processo corrente de *tomada de contas* de responsavel que *procurar ausentar-se furtivamente* ou *abandonar o emprego* e isto até que o Tribunal de Contas *delibere* sobre a dita prisão.

O legislador na lei de 1896 modificou a de 1894, affeiçoando esta, neste ponto ao regimen daquella.

Igualmente a acção criminal por *peculato* só póde ter como base o *alcance* verificado por aquellas duas formas sobre os documentos enviados pelo Tribunal de Contas ao procurador geral da Republica.

Suppôr que o ministro da fazenda receba do Tribunal de Contas, remetta ao ministro da justiça e este ao procurador geral da Republica para transmittir aos procuradores seccionaes, os documentos para o processo, é suppôr um circuito inutil.

Referimo-nos ao ministro da justiça, porque, na hierarchia administrativa, este é o Chefe do ministerio publico, si o é, e não o Procurador geral da Republica, com a sua séde no Supremo Tribunal Federal.

O ministro da fazenda está fóra da hierarchia, quer em relação ao ministerio publico, quer em relação ao Tribunal de Contas, que não lhe está subordinado na esphera contenciosa.

Só por abuso ou excesso de poder, poderá o ministro da Fazenda *immiscuir-se* no processo judiciario do *peculato*, substituindo a sua acção á do Tribunal de Contas.

Mas, quer os representantes do Ministerio Publico, quer os juizes federaes, podem deixar de obedecer ás ordens dum ou doutro ministro em taes condições e devem fazel-o para não incorrerem, a seu turno, na responsabilidade de cumprir ordens illegaes.

A doutrina que estabelecemos nos termos da lettra da lei está confirmada pelo decreto n. 2409, de 23 de novembro

de 1896, que approva o *Regulamento do Tribunal de Contas*, em execução da citada lei n. 392, de 1896. Diz o regulamento:

« Art. 59. O Tribunal de Contas tem jurisdicção *propria* e *privativa* sobre as pessoas e as materias sujeitas á sua *competencia*.

« Art. 67. O Tribunal de Contas tem competencia:

« *b)* Como Tribunal de Justiça para o fim de *julgar as contas dos responsaveis,* estabelecendo a situação juridica entre o mesmo e a fazenda publica e decretando a liberação daquelles ou condemnando-os ao pagamento do que deverem ao Thesouro, *por alcance*.

« Art. 71. Compete ao Tribunal de Contas, como Tribunal de Justiça:

« § 3.º Ordenar a prisão dos responsaveis que, estando condemnados ao pagamento do *alcance fixado* em *sentença definitiva* do Tribunal, ou tendo sido *intimados* para dizerem sobre o *alcance verificado* em processo corrente de *tomada de contas, procurarem ausentar-se furtivamente,* ou abandonarem o emprego, commissão, ou o serviço de que se acharem encarregados, ou de que houverem tomado empreitada.

« *a)* O tempo de duração da prisão administrativa não poderá exceder de tres mezes, findo o qual, serão os documentos remettidos ao procurador geral da Republica para instaurar o processo por crime de *peculato,* nos termos do art. 14 do decreto legislativo n. 221, de 20 de novembro de 1894;

« *b)* A competencia conferida ao Tribunal por esta disposição, em sua primeira parte não prejudica a do Governo e seus agentes, na fórma da segunda parte do art. 14 da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, para ordenar immediatamente a *detenção* dos responsaveis por saldos não recolhidos, e *provisoriamente* a do responsavel com *alcance fixado* pelo Tribunal, até que este delibere sobre a dita prisão, sempre que assim o exigir a segurança da fazenda nacional.»

Até a revisão da conta de que falla Garraud, nos termos da legislação franceza, está prevista na citada disposição do decreto n. 2409, de 1896:

« Art. 71. Compete ao Tribunal de Contas, como Tribunal de *Justiça*:

« § 10. Julgar os embargos oppostos ás sentenças por elle proferidas e *admittir a revisão* do processo de tomada de contas, em virtude do recurso da parte, ou do representante do *ministerio publico*.»

Emquanto, pois todos, esses tramites não estão percorridos e taes recursos esgotados, não ha base juridica para um crime de *peculato*.

Base de crime quer dizer *certeza* do crime, e si se póde fazer um processo para apurar quem são os autores dum crime, este sempre já está supposto como certo, sendo aliás o principio estabelecido no nosso cod. do proc. criminal, art. 145.

Do mesmo modo que em França, o representante do ministerio publico junto ao Tribunal de Contas exercita diante deste as attribuições dos decretos ns. 392, art. 8, n. 3, lettra *c*, e 2409, arts 84 e 85.

Só temos transcripto textos sobre *detenção* ou *prisão provisoria* ou *definitiva*, porque elles se referem ao *peculato*, embora a este não se refira o art. 14 da lei n. 221, que só re refere á prisão.

E, para concluir este ponto, o Tribunal de Contas, si como tribunal politico-financeiro, fiscalisa, como tribunal de justiça administrativa-contenciosa, julga, offerecendo a um tempo garantias consoantes á sua independencia e alta missão, por um lado, á fazenda publica e por outro lado não menos importante, aos direitos dos responsaveis referentes, quer ás suas pessoas, quer aos seus bens.

Não concordámos pois com dous arestos, embora proferidos antes da reorganisação do Tribunal de Contas, um dos quaes chega a transferir para o peculatario o onus da prova negativa e por isso mesmo difficilima de não achar-se *alcançado*:

« Não se considera constrangimento illegal a prisão de um responsavel por dinheiros publicos, *não* dando *a prova* de que *não* está *alcançado* para com a fazenda nacional.»

« *Não* ha constrangimento *illegal* na prisão *preventiva* de um responsavel por dinheiros publicos, *embora não* esteja *ainda* verificado o *alcance* pelo qual responde » . Accs. Supr. Trib. Federal, 1 de julho e de 21 de agosto de 1895.

Nos dous julgamentos, dentre doze ministros, cinco erão de opinião contraria, num, e quatro, noutro.

44. Carrara e Pessina interpretam os tres codigos italianos, especialmente o toscano, anteriores ao vigente e Puglia resume a doutrina daquelles autores e refere-se a este ultimo codigo, todos tratando em geral do elemento constitutivo do crime de que ora nos occupamos, isto é, a *subtracção* ou *distracção*.

Carrara entre os extremos do crime de peculato menciona as *condições* da *entrega*, e observa que na jurisprudencia commum prevalece a regra que para haver o titulo de peculato é requisito indispensavel, que o depositario publico seja devedor de *especie* e não de *quantidade*, que tenha a obrigação de *conservar* e *restituir* o dinheiro ou a cousa, e que pois o funccionario publico que seja responsavel propriamente das sommas que administra com a mera obrigação de dar ou entregar o *tantundem*, quando não se conserve fiel

em dar conta, não seria passivel sinão sómente de acção *civil*. Carrara refere-se á doutrina contraria e combate-a, porque não corresponde aos principios *juridicos* e nem mesmo aos principios *moraes*. Não aos primeiros, porque o funccionario devedor de *quantidade* é proprietario das cousas que recebe: a natureza do contracto lhe dá a faculdade de dispôr dellas. Não corresponde aos principios moraes, porque entretanto que o funccionario publico não está em dolo quando usa a seu beneficio do dinheiro que tem como seu, pode depois não estar em dolo, nem mesmo quando deixa de corresponder á sua obrigação no dia do vencimento.

Pessina observa, que a questão pode referir-se ao caso de confiança de sommas ou quantias no sentido estricto da palavra e que é questão mais de facto que de direito. Elle escreve de facto: « tirar momentaneamente uma qualquer somma da caixa não póde ser por si mesmo o acto constitutivo da *subtracção*. O que importa é que o depositario publico seja *posto em mora* pela restituição da cousa confiada, como vimos quanto ao crime de appropriação indevida. [1]

Não nos parece, diz Puglia, que Pessina tenha examinado a questão dum ponto de vista exacto. Sem duvida alguma, aquillo que importa é que o depositario seja posto *em mora*, mas tambem depois desta mora pode apresentar-se a questão sobre a necessidade da restituição de *especie* ou de *quantidade*. E basta suppôr o caso, que o funccionario publico tenha recebido moeda em *ouro* e para tirar lucro a substitua por moeda em notas ou papel, para convencer-se disto. Logo Pessina não dirime a questão.

Alguns quizeram distinguir *subtracção* e *distracção*, para sustentar que o peculato exigia a *subtracção* e não bastava a *distracção*. Mas Carrara combate esta distincção, observando que o funccionario que desvia o objecto publico em seu beneficio, não *subtrahe*, porque tem a posse da cousa, mas a *distrahe* do uso a que era destinada.

Notemos emfim, conclue Puglia, que sendo considerada muito benigna a doutrina, que sustenta ser sómente passivel de acção *civil* o funccionario devedor de *quantidade*, que subtrahe a cousa, creou-se um titulo especial de crime distincto do peculato, o desfalque ou alcance no cofre *(vuoto di cassa)*, contemplado pelo codigo toscano e punido com pena levissima. O Dr. Rivarola, menciona tambem a opinião de Carrara, mas não a acceita por ser contraria ao codigo argentino. [2]

---

[1] Carrara. PROGRAMMA, Part. Sp. 7º vol. § 3373.
Pessina, *Elementi cit* vol. 3º pag. 59.
[2] Puglia, MANUALE DI DIRITTO PENALE, Napoli, 1890, 2º vol. pag. 81. Dr. Rivarola, OBR. CIT. vol. 3º pag. 136, n. 1066.

A proposito tambem, Majno observa que tratando-se de *distracção*, isto é, daquella forma que o codigo toscano previa distinctamente como *vuoto di cassa* (alcance ou desfalque no cofre), esta hypothese suppondo o funccionario devedor de quantidade e assim proprietario das especies a elle entregues, a consumação do crime não poderia estar simplesmente no uso do dinheiro, mas deveria considerar-se em que o caixa intimado a dar conta da quantidade devida torne-se moroso e não faça a entrada obrigada.

Tambem antes do dia em que deveria effectuar-se a entrada, admitte Carrara que se possa considerar o momento consumativo do delicto de *alcance* ou *desfalque* na *fuga* do caixa.

O cod. italiano vigente supprimiu essas distincções e fez entrar mesmo na noção do peculato o commercio illicito dos valores. [1]

Pelo nosso direito já vimos que para ter lugar a acção *criminal* é mister o *alcance* verificado em processo corrente de tomadas de contas ou julgado em sentença definitiva do Tribunal de contas com as demais condicções legaes; e isto basta em relação á doutrina que acabamos de expor.

Vamos agora referir-nos ao quarto elemento do crime que suscita uma questão sobre o *sujeito* ou *agente* do *peculato*.

No direito francez, si a qualidade de depositario ou *responsavel (comptable)* não é provada, o extravio pode constituir um *delicto de abuso de confiança* ou de *furto* e incidir sob este titulo na comminação do art. 408, do cod. francez, ou doutras disposições penaes, mas não constitúe o *crime de subtracção* (peculato) previsto pelo art. 169. E' assim que o fiel ou empregado pessoal e particular do recebedor *(percepteur)*, depositario ou responsavel *(comptable)* que desvia ou extravia do cofre, os fundos do recebedor ou do Estado, commette, conforme os casos, um *furto domestico* ou *um abuso de confiança qualificado*. O art. 169 é igualmente inapplicavel ao caso em que o extravio é executado por um empregado da administração, estranho ao maneio dos fundos ou valores que elle tem extraviado. Tem sido julgado igualmente que o individuo, encarregado de comprar, por conta do Estado, aprovisionamentos de generos alimenticios, cujo preço elle podia pagar pessoalmente, ou fazel-o pagar pelos Prefeitos e que tinha recebido, não a titulo de *depositario*, mas a titulo de *mandatario*, adiantamentos do ministro competente para o effeito de prover ás despezas de sua missão, não era responsavel ou depositario publico e em conse-

---

[1] Majno, Obr. cit. Part. I, art. 168. ns. 861 e 865, pags. 510 e 512.

quencia, os extravios que elle tinha commettido não davam lugar á applicação dos arts. 169 e seguintes, *peculato* do cod. penal.

As decisões são da Côrte de Cassação. [1] Entre nós *quid juris ?*

Conforme dissemos, o nosso cod. penal nos arts. 221 e 222 do texto nem declina o sujeito *activo* do *peculato !*

O art. 223 apezar do principio geral que estabelece não comprehende o caso, do mesmo modo que não o comprehende o art. 221, contendo o art. 222 especies singulares, fóra do conceito do peculato.

A doutrina de Garraud, pois, apoiada na jurisprudencia é a unica acceitavel na questão.

43. O cod. penal no art. 221 falla de *documentos*, mas estes, os autos ou titulos não são objecto de peculato, porque podem ser subtrahidos por *particulares*, ao passo que o peculato só póde ser commettido por funccionario *publico* e com animo de lucro.

O cod. pen. repete a mesma figura, mas com penalidade differente, no art. 333 e o que mais é com a aggravante do paragrapho unico que se refere á guarda de estabelecimentos e archivos publicos.

Não póde ser mais deploravel a confusão e a desordem neste ponto, porque o juiz não saberá si deve applicar o art. 221 ou o 333 paragrapho unico, em especie occurrente abrangida por ambos, sendo as penas differentes !

Os nossos projectos de revisão do cod., consagram attenuantes neste capitulo.

Omittiram, porém, as aggravantes, a exemplo, do cod. ital. por ser difficil saber quaes conviriam melhor ao peculato, tendo sido desprezado no furto o elemento do valor, e depois porque o calculo das penas presta-se a adaptal-as melhor a cada caso e isto basta.

Quanto a jurisprudencia sobre o crime deste capitulo:

« Dá-se provimento á appellação interposta pelo procurador seccional da sentença que absolveu o réo do crime de *prevaricação*, e julga-se nullo todo o processo, porquanto, tendo o réo commettido diversos *estellionatos*, e para occultal-os, passado certidões falsas, foi sómente processado e julgado pelo referido crime (art. 208, ns. 1 e 4), quando eram diversos e repetidos os crimes constantes dos documentos juntos aos actos: Acc. do Supr. Trib. Federal, 30 de junho de 1897. [2]

O art. 208 do cod. pen. sob a rubrica de *prevaricação* prevê *a falsidade* commettida pelo empregado publico, que

---

[1] Garraud. Obr. cit. vol. 3º pag. 342, n. 247.
[2] *Supr. Trib. Federal*, Jurispr. cit. Anno, 1897, pag. 145, n. 134.

o cod. pela qualidade do agente, em vez da objectividade do crime, deslocou para aqui.

Do texto do Accordão que o voto vencido do ministro Americo Lobo ainda esclarece resulta que absolutamente não havia *estellionato*: pareceu melhor ao voto vencido *peculato*; mas, como vimos acima, nem o cod. pen. nem os projectos de 1896 e 1899 comprehendem o peculato que não seja de cousa do Estado e portanto na especie só havia o crime do art. 208 ns. 1 e 4.

« E' negado provimento ao recurso, sendo confirmada a sentença que condemnou o recorrente julgado á revelia por ser o crime afiançavel, como incurso no art. 170 do antigo cod. crim. (*peculato*). Tendo o réo se ausentado para fóra do paiz, não podia ser intimado para prestar contas e nem ser preso administrativamente.

O processo criminal por extravio de dinheiros publicos prosegue independente da intimação para recolhimento do desfalque (Avis. Faz. de 20 de fevereiro de 1892). O desfalque não soffre contestação. Julgamento anterior ao Decr. n. 1166 de 17 de dezembro de 1892, referente ás Repartições de Fazenda » : Acc. do Supr. Trib. Federal 22 de abril de 1896. [1]

« E' dado provimento ao recurso interposto pelo Procurador da Republica do despacho que pronunciou o recorrido, agente do correio, como incurso nos arts. 193 paragrapho unico e 356 do cod. pen., pela substracção de cartas, objecto e valores, confiados á guarda da União, afim de ser classificado o crime no art. 221 do mesmo codigo.

E' sustentado o despacho recorrido na parte em que não pronunciou o denunciado pelo alcance para com a Fazenda, segundo o exame procedido na Agencia, por não se achar regularmente verificado o *alcance* nos termos da lei que reorganisou o Tribunal de Contas»: Acc. do Supr. Trib. Federal 5 de outubro de 1898.

« Tendo-se, preliminarmente, por comprehendidos no recurso interposto pelo procurador seccional, os denunciados corréos do recorrido, ex-director da Colonia Correcional dos Dous Rios, comquanto não se tenha a elles referido o recorrente nas razões, que não são parte essencial do recurso, e desde que foi este interposto de todo despacho de pronuncia, não sendo certo, como pretende o despacho recorrido, que só depois do *alcance* verificado em *tomada de contas* do Tribunal *competente*, é que se póde iniciar processo por crime de *peculato*, o que só procede com relação aos responsaveis á Fazenda Nacional nos casos sujeitos á tomada de contas, nada obstando que quaesquer outros res-

---

[1] Do autor : Revisão dos Processos Penaes, Rio de Janeiro, Appendice, pag. 362, n. 57.

ponsaveis pela guarda ou administração de dinheiros ou bens pertencentes á Fazenda Publica sejam processados pela subtracção, consumo ou extravio de taes bens, que por qualquer modo de direito se verifique, é dado provimento ao recurso, em vista da prova dos autos, para o fim de pronunciar os recorridos como incursos no art. 221 do cod. pen., sendo o ex-director da colonia como autor e os co-réos seus auxiliares, como complices»: Acc. do Supr. Trib. Federal, 12 de novembro de 1898.

« E' reformada a sentença para ser imposta ao réo appellante, julgado incurso no art. 221 do cod. pen., a pena legal que é o gráo minimo do citado artigo, porquanto, reconhecida a existencia do delicto e de circumstancias attenuantes, não pódia o juiz ir além das respostas do jury, impondo a pena em gráo maximo, por entender que havia o réo commettido tambem outro crime (art. 189) e incorrido assim na sancção do art. 66 § 3º, do citado cod., desde que a violação das cartas foi o meio de que se servio o réo para remover o obtaculo que se oppunha á subtracção do dinheiro que ellas continham : Acc. do Sup. Trib. Federal, 23 de março de 1898. [1]

Não podemos conformar-nos com a solução deste ultimo accordão, porque nenhum principio dominante no concurso de crimes e penas a suffraga.

A disposição do § 3º do art. 66 do nosso codigo é quasi a traducção litteral do art. 78 do codigo italiano.

A disposição contém o que os criminalistas chamam *concursus idealis*, e trate-se de concurso necessario ou facultativo, a disposição deve ser observada.

No caso não havia mesmo concurso *necessario*, porque o peculato não póde ser praticado só pelo empregado que commetter para esse fim, como meio, a violação da correspondencia epistolar.

Generalisando-se a doutrina do accordão no *latrocinio*, se deveria pun r o roubo, ou, quando muito, em vez deste, o homicidio *simples* ; mas, os codigos punem como homicidio, não simplesmente aggravado, mas *qualificado* o homicidio praticado como meio de realisar outro crime.

No caso do accordão, a applicação do art. 66, § 3º, era de rigor, conforme a doutrina dos interpretes do codigo italiano, fonte do nosso e de outros, como o codigo belga.

A hypothese mais simples, diz Prins, é a do concurso idéal. Quando o agente, por uma só vontade culpavel ou por um facto unico, tem produzido muitas violações da lei penal, como não ha no fundo senão uma só vontade ou um

---

[1] Jurispr. cit. do Anno 1892, pag. 61 n. 61; pag. 63, n. 65; e pag. 170, n. 171.

só facto delictuoso, é claro que uma pena unica basta ; o art. 65 (parallelo ao art. 66, § 3º do nosso codigo penal) consagra esta verdade, que a pena *mais* forte será só applicada. [1]

No caso questionado, só se applicou uma pena, mas não aggravada, porque não se fez conta do outro crime, eliminando-se assim o concurso.

Tambem não nos conformamos com a solução do aresto anterior, parecendo-nos melhor fundado o voto divergente do ministro Americo Lobo.

Referimo-nos á doutrina que acima acabavamos de expôr neste mesmo capitulo.

A jurisprudencia já era differente ou pelo menos hesitava sob o imperio, antes da instituição do Tribunal de Contas, e quando o Ministro da Fazenda, presidente do Thesouro Nacional, enfeixava na mão todos os poderes fiscaes, administrativos ou contenciosos.

« Empregado de fazenda, por não ter recolhido no prazo da lei a importancia da arrecadação, deve primeiramente ser suspenso e marcar-se-lhe um novo prazo para, dentro delle, fazer o recolhimento. » Accordão, Relação, *Fortaleza*, 27 de abril de 1875. *O Direito*, vol. 11, pag. 125.

Concordamos com a doutrina dos dous arestos seguintes, com as reservas já feitas, quanto ao segundo.

« A limitação do art. 14 da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, quanto á concessão de *habeas-corpus* aos responsaveis pelos dinheiros e valores pertencentes á Fazenda Federal, não exclue o exame, por parte do Poder Judiciario, das questões prejudiciaes que se relacionarem com a prisão administrativa dos mesmos.

E' legal a prisão administrativa decretada pelos chefes das Delegacias Fiscaes do Thesouro Federal, dos fieis dos pagadores das mesmas repartições, em exercicio das funcções plenas do cargo de pagadores, por falta do saldo em dinheiro, que deveria existir no respectivo cofre, sob sua guarda». Sentença do juiz federal de Pernambuco, 23 de abril de 1900.

« Casos em que o Poder Judiciario tem competencia para prender privativamente e processar criminalmente, os indiciados em crime de peculato, independente de qualquer julgamento a respeito, pelo Tribunal de Contas. « Questões connexas». *Idem*, 31 de julho de 1900. *O Direito*, vol. 82, pags. 512 e 525.

---

[1] Constantino Castori, apud. Cogliolo, COMPLETO TRATTATO, 1 vol. parte 3ª, pag. 1.349 ; Adolphe Prins, SCIENCE PÉNALE ET DROIT POSITIF, CIT., pag. 318, n. 523.

Concordamos porém com a doutrina do seguinte aresto perfeitamente juridico:

Não se vencendo a preliminar de nullidade do julgamento por incompetencia do juiz seccional para proferir a sentença que condemnou o appellante, ex-thesoureiro da Estrada de Ferro Central do Brazil, como incurso no gráo sub-maximo do art. 221 do Codigo Penal, visto ser firmada a competencia na disposição do art. 12 da lei n. 515, de 1898, é julgada procedente a appellação e absolvido o réo da accusação que lhe foi intentada, porquanto não está devidamente provado o crime, embora pelo Tribunal de Contas tenha-se dado por verificado o alcance que serviu de base no processo criminal e em que se funda a sentença condemnatoria.

A decisão do Tribunal de Contas por si só não é bastante para determinar a criminalidade do funccionario publico alcançado. Ainda provada a existencia do facto material attribuido ao réo, seria preciso demonstrar que foi praticado com intenção criminosa, conforme preceitua o codigo citado, e a prova dos autos nesta parte não satisfaz. Acc. do Supremo Tribunal Federal, 25 de agosto de 1900 — *Diario Official* n. 268 de 4 de outubro de 1900.

CAPITULO II

CONCUSSÃO

CODIGO

Art. 219. Julgar-se-á commettido este crime :

§ 1.º Pelo empregado publico encarregado da arrecadação, cobrança ou administração de quaesquer rendas ou dinheiros publicos ou da distribuição de algum imposto, que directa ou indirectamente exigir dos contribuintes, ou os obrigar a pagar o que souber não deverem :

Pena — de suspensão do emprego por tres mezes a um anno.

No caso em que o empregado publico se aproprie do que assim tiver exigido, ou exija para esse fim :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno, multa egual ao triplo do que tiver exigido, ou feito pagar, e perda do emprego.

§ 2.º Pelo que, para cobrar impostos, ou direitos legitimos, empregar voluntariamente contra os contribuintes meios mais gravosos do que os prescriptos nas leis, ou os fizer soffrer injustas vexações :

Pena — de suspensão do emprego por seis mezes a dous annos, além das mais em que incorrer pela vexação que tiver praticado.

Si, para commetter algum destes crimes, usar da força armada, além das penas estabelecidas soffrerá mais a de prisão cellular por tres mezes a um anno.

§ 3.º Pelo que, arrogando se dolosamente, ou simulando, attribuição para fazer qualquer acto do emprego, acceitar offerecimento ou receber dadiva, directa ou indirectamente, para fazer ou deixar de fazer esse acto :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno, perda do emprego e multa igual ao triplo do valor recebido.

Art. 220. As pessoas particulares, encarregadas por arrendamento, arrematação, ou outro qualquer titulo, de cobrar e administrar rendas ou direitos e que commetterem algum, ou alguns dos crimes referidos nos artigos antecedentes, incorrerão nas mesmas penas.

COMMENTARIO

46. Nos arts. 219 e 220 do texto, trata o codigo da *concussão* comprehendida na secção IV do tit. V.

Censurando o codigo nesta parte dissemos :

Quanto á *concussão,* além de ser erroneo o conceito de vel-a no facto de percepção indevida a favor do thesouro, occorre que neste ponto como em outros artigos das respectivas secções do codigo vigente e do anterior, se confunde com a *concussão* actos de abuso e de excesso de poder e de autoridade que o projecto discrimina, caracterisando simplesmente a *concussão.* [1]

Posteriormente justificando o substitutivo de 1897 referimo-nos ao projecto de 1896 que é o mesmissimo de 1893, podendo ser ambos condemnados pela mesma sentença como foram os codigos anterior e vigente neste ponto :

A *concussão* está definida, mas á definição se seguem tres artigos de figuras não de concussão, mas de abuso de poder e autoridade e violação de deveres inherentes ás funcções publicas.

O peculato é o furto commettido pelo empregado publico ; a concussão é o *roubo* ou a *extorsão* ; sendo que a figura da concussão *implicita,* por *induzimento,* assemelha-se mais ao furto ou antes ao estellionato do que ao roubo ou extorsão.

Não ha vantagem, antes inconveniente na figura especial do ultimo artigo do capitulo II, porque em rigor não ha um dos elementos da concussão, a qualidade de funccionario publico no autor do facto. [2]

Tanto no direito romano, como no antigo direito francez confundia-se a concussão com a *corrupção ;* foi o codigo penal de 1791 que isolou sem definil-os um crime do outro ; o que se tornou mais preciso no codigo de 1810 ; a distincção,

---

[1] Exposição de motivos etc. de 1893, pag. 12.
[2] Exposição de motivos etc. de 1897, pag. 9.

portanto, é moderna ; e depois veremos melhor as differenças quando estudarmos a *corrupção*, peita ou suborno. Garraud trata extensamente do assumpto. [1]

Quando, diz Zanardelli, o facto de incutir temor, preordenado para despojar as cousas doutrem, é praticado por um particular, se têm os crimes de *extorsão* e *roubo* de que trata o codigo no titulo « dos crimes contra a pessoa e a propriedade ».

Si, ao contrario o temor que se incute com o intento criminoso de lucrar em prejuizo doutrem, deriva do abuso do poder publico *(metus publicaè potestatis)*, então se tem o crime que na doutrina e na legislação toma o nome de *concussão*.

No direito inglez a concussão é chamada mesmo *extortion*, *extorsão* e assim a define Stephen como tal.

A concussão *(extortion)* diz tambem Seymour Harris, no sentido estricto da palavra consiste no facto de um empregado publico receber, illegitimamente e em razão do officio, qualquer dinheiro ou objecto de valor, que não lhe seja devido, ou exceda o devido ou antes que seja devido. Mas não constitúe crime (uma originalidade dos costumes inglezes) receber uma recompensa que seja *espontanea e habitualmente* dada por um acto mais diligente e solicito do officio. [2]

Insistimos nestas noções que agora são o A. B. C. do direito penal contra as vistas dos autores do projecto de 1893.

As fórmas deste crime podem ser duas.

A doutrina as intitula com os nomes de concussão *explicita e implicita*.

Esta ultima fórma, isto é, a implicita, escapou ao codigo penal arts. 219 e 220 ; porque a figura do § 3º do art. 219, que se lhe assemelha, é de *corrupção* e não de *concussão* que elle ahi confunde.

Os projectos de revisão comprehendem ambas.

A primeira e a mais grave das duas formas se tem quando o empregado publico constrange alguem a dar ou prometter indevidamente a elle ou a um terceiro, dinheiro ou outra utilidade.

A segunda fórma, mais ligeira, se verifica quando o funccionario, ao contrario de ameaçar ás claras, emprega, abusando de sua qualidade, artificios ou engano para *induzir* alguem a subministrar, pagar, ou prometter indevidamente a elle ou a um terceiro, o que não é devido, ou para tal fim vale-se ou aproveita-se do erro de outrem.

---

[1] Garraud, OBR. CIT. vol. 3º pag. 357 ; Blanche, OBR. CIT. vol. 3º, art. 174, pag. 677, n. 374.

[2] Stephen, OBR. CIT. pag, 83, art. 124 ; Seymour Harris, OBR. CIT. pag. 63.

Em resumo, os elementos deste crime são a qualidade de empregado publico, a exacção do que não é devido, como si fosse devido «e a consciencia de não ser devido o que se exige».

Este ultimo elemento póde fazer surgir duas questões.

A 1ª é, si é essencial ao crime de concussão o lucro particular do empregado, questão esta que Pessina resolve pela affirmativa, fazendo menção, entretanto, do nosso codigo criminal anterior, art. 135, § 1º, o qual distingue como dous gráos da concussão, o *mais* grave que é o de exigir o indebito por proveito pessoal, art. 135, § 1º, 2ª parte, e o *menos* grave, que é o exigir o indebito, *sem* vantagem pessoal, art. 135, § 1º, 1ª parte.

A outra questão é a de saber, si a ordem dada pelo superior cobre o inferior de modo a isentar este do crime de concussão, o que só se poderá admittir, quando as circumstancias ou condições do crime o tornarem duvidoso, mas não manifesto.

Quanto á 1ª questão, o codigo penal seguiu o anterior, mas o projecto de 1893 adoptou a solução de Pessina, seguido depois por todos os outros projectos de revisão. [1]

Quanto á 2ª questão, o art. 28 do codigo penal parece resolvêl-a affirmativamente e assim, tambem, o projecto de 1899, art. 27 n. I.

Mas, a solução para nós é negativa, feitas as devidas distincções, conforme o principio estabelecido no Projecto de 1893, art. 26 n. I e no de 1897, art. 24 n. I.

Já alludimos no titulo II (n. 23) a esse principio da supposta obediencia passiva nas relações hierarchicas civis, que parece ter sido adoptado pelo codigo penal e delle tratámos quando commentámos o art. 28 do mesmo codigo, na parte geral, noutro livro. [2]

« E' reformada a sentença que condemnou dous dos peticionarios, official de justiça e solicitador, como incursos no art. 214 do codigo penal, para ser-lhes imposta a pena legal, que é a do gráo médio do art. 219 do mesmo codigo, pelo facto de haverem exigido dinheiro do 3º impetrante, para deixar de ser cumprido um mandado de prisão, de que falsamente se dizião portadores ; sendo absolvido o que deu o dinheiro, condemnado como *peitante* por não ser criminoso e antes victima do crime de *concussão*, commettido pelos coréos». Accórdão do Supremo Tribunal Federal, 31 de dezembro 1898. [3]

---

[1] Pessina, ELEMENTI CIT. vol. 3º n. I.
[2] Do autor : CODIGO PENAL COMMENTADO CIT. vol. 1º pg. 326, n. 79.
[3] JURISPR. CIT. de 1898, pg. 339. n. 3?5.

« Commette crime de *concussão* o empregado dos telegraphos, que recebe o pagamento de resposta de telegramma que sabe já estar paga.» Accordão Relação da Bahia 14 Fevereiro de 1879. — *O Direito,* volume 19, pag. 560.»

CAPITULO III

PEITA OU SUBORNO

CODIGO

Art. 214. Receber para si, ou para outrem, directamente ou por interposta pessoa, em dinheiro ou outra utilidade retribuição que não seja devida ; acceitar, directa, ou indirectamente, promessa, dadiva ou recompensa para praticar ou deixar de praticar, um acto do officio, ou cargo, embora de conformidade com a lei ;

Exigir, directa ou indirectamente, para si ou para outrem, ou consentir que outrem exija, recompensa ou gratificação por algum pagamento que tiver de fazer em razão do officio ou commissão de que for encarregado :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno e perda do emprego, com inhabilitação para outro, além da multa igual ao triplo da somma, ou utilidade recebida.

Art. 215. Deixar-se corromper por influencia, ou suggestão de alguem, para retardar, omittir, praticar, ou deixar de praticar um acto contra os deveres do officio ou cargo ; para prover ou propor para emprego publico alguem, ainda que tenha os requisitos legaes :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno, e perda do emprego com inhabilitação para outro.

Art. 216. Nas mesmas penas incorrerá o juiz de direito, de facto, ou arbitro que, por peita ou suborno, der sentença, ainda que justa.

§ 1.º Si a sentença for criminal condemnatoria, mas injusta, soffrerá o peitado ou subornado a mesma pena que tiver imposto ao que condemnara, além da perda do emprego, e multa.

Art. 217. O que der ou prometter peita, ou suborno, será punido com as mesmas penas impostas ao peitado e subornado.

Art. 218. São nullos os actos em que intervier peita ou suborno.

COMMENTARIO

47. O codigo penal na 3ª secção do seu titulo V é que comprehende os artigos do texto que se referem á *corrupção* que elle, como nós, denomina com a epigraphe de *peita ou suborno*.

Justificando o projecto de 1893 diziamos sobre a materia :

Peita, *suborno* e *corrupção* na materia de que trata o titulo são termos synonimos.

O projecto, tendo neste ponto como fonte o codigo italiano, que é a expressão a seu turno de outros, sim-

plifica as formas ou especies de taes crimes, fazendo as necessarias alterações quanto á nossa organização administrativa e judiciaria e a penalidade, evitando as exemplificações materiaes dos nossos codigos, systema condemnado sempre por incompleto e acarretando difficuldades na interpretação dos textos legislativos.

Não é proprio de um codigo criminal a decretação da nullidade de actos em que intervier a corrupção.

Mas a confiscação é de rigor e ella figura em differentes codigos, inclusive o portuguez. [1]

Resolvida fica a questão se pode haver ou não tentativa de *peita* ou *suborno*.

E a jurisprudencia nacional se firmará melhor em bases juridicas do que até agora sobre as disposições defeituosas dos codigos existentes.

Preferiu-se o methodo synthetico ao analytico, repudiando-se a casuistica do antigo codigo, exaggerada no novo e desprezada pelos codigos modernos de primeira ordem sobre a prevaricação e falta de exacção dos funccionarios publicos. [2]

E como o projecto de 1893 incidisse em scindir o capitulo da corrupção em peita e suborno, referindo-nos ao projecto de 1897, ainda dissemos:

Tambem não ha necessidade de distinguir a peita do suborno e da corrupção, cada um dos quaes exprime a mesmissima idéa; e por isso fica reduzida a um capitulo a materia dos dous da nova redacção. [3]

O codigo penal estabelece tal confusão que a forma de *corrupção* prevista no art. 214, 1ª parte, é semelhante á forma de *concussão* do art. 219 § 3.º!

Pessína distingue bem a *corrupção* (peita ou suborno) da *concussão*.

Não basta que o empregado publico exija aquillo que não é devido, ou mais daquillo do que é devido e sabendo que exige o indevido; porque, aquelle que recebe uma remuneração para praticar um acto justo é réo de *corrupção* e exige com conhecimento de causa o que sabe não lhe ser devido. Quando, porém, á circumstancia ou condição de não ser devido o que se exige, se ajunta que se exige *como devido,* se tem o verdadeiro crime de *concussão*; e neste momento preciso se distingue a *concussão* da *peita* ou *suborno,* isto é, corrupção.

Alguns codigos estabelecem penas *iguaes* para o *corruptor* e o *corrompido*; outros os consideram co-réos ou

---

[1] Majno, Obr. Cit. I, arts. 171 a 174, pag. 513.
[2] Exposição de motivos de 1893, pag. 12.
[3] Idem de 1897, pag. 10.

cumplices, no sentido de co-autores; ou edictam penas especiaes para o *corruptor*, peitante, subornador.

Os nossos codigos teem seguido o primeiro systema e os projectos de 1893 a 1897 seguiram-no com uma ligeira variante; mas os de 1896 e 1899 seguiram-nos plenamente, menos quanto ao *suborno* que silencia, neste ponto de modo incoherente em relação á *peita*.

E conforme a opinião de Carrara que considera taes actos de venalidade uma verdadeira compra e venda entre corruptor e corrompido, o silencio dos ultimos projectos citados não se justifica.

Pessina, contra Carrara, dá um sentido muito largo ao crime de corrupção, comprehendendo nelle casos que o nosso cod. pen. chama *prevaricação* e os projectos de 1893 e 1897 intitulam de « abuso de poder e autoridade ».

Puglia combate essa opinião de Pessina mostrando que o odio ou amizade não é o elemento da corrupção, mas sim o lucro. [1]

E tanto o direito francez como o italiano restringem o sentido da expressão a esse do lucro.

A corrupção consiste dum lado na offerta, doutro lado na acceitação duma vantagem para praticar ou não praticar um acto de funcção. A offerta é a corrupção *activa*, a acceitação a *passiva*.

Os elementos constitutivos da corrupção são: a *qualidade* de funccionario; o *acto* positivo ou negativo que é o escopo da corrupção; e o *interesse* que é a causa determinante desse acto.

Esta materia foi simplificada pelo cod. italiano que os projectos de 1893 e 18[illegible] seguiram, harmonisando a nova fonte com a do cod. anterior e não como fez o cod. pen. que peiorou essas suas duas proprias fontes.

Os outros projectos consignaram os defeitos já assignalados, salientando-se a falta de modalidades rigorosas nas especies figuradas, não muito nitidamente.

Entretanto, o projecto de 1897, que reproduziu nesta parte o de 1893, art. 197, fulmina a venalidade por si só, independentemente da justiça ou injustiça dos actos, porque é de interesse universal que não se faça cahir em discredito ou suspeição o poder publico, tornando venaes serviços gratuitos.

E' essa uma figura envolvida com outras no art. 214 do texto do cod. penal.

O art. 198 do cit. projecto contém a figura mais grave da venalidade, quando o empregado retarda, ou omitte um acto do officio, etc.

---

[1] Puglia, MANUALE CIT. 2º vol. pag. 87, art. 171.

A pena é ainda aggravada nas especies do paragrapho unico do mesmo art. 198.

O cod. pen. art. 215, não discrimina essas aggravantes, apenas separa os conceitos, punindo tudo com a mesma pena de prisão!

Além disto o cod. no art. 216 paragrapho unico que elle numera como 1º, sem 2º, applica o *talião!* Ora este póde ser uma pena ligeira, ou, ao contrario, uma pena gravissima e fóra de toda proporção com o crime commettido.

O projecto, art. 199 pune a corrupção *activa*, o que o cod. pen., art. 217, faz tambem sempre de modo *igual*, sem a variação da attenuante do projecto, art. 199, 2ª parte, a favor do corruptor quando a consummação do crime mallogra-se.

O art. 200 do projecto impõe o confisco.

O cod. pen. art. 218 fulmina a nullidade dos actos, aliás prevista no nosso direito civil e commercial e com a qual nada tem que ver aqui a lei penal.

Nota-se que o cod. penal nos crimes de que temos tratado neste titulo, graves, odiosos ou torpes edicta para elles penas irrisorias, afastando-se assim das suas fontes mais abundantes, isto é, do nosso cod. crim. anterior e dô cod. italiano.

Agora que já temos tratado do *peculato*, da *concussão* e da *corrupção*, façamos uma observação geral referente a essas tres especies deste titulo.

A Ord. do Liv. 5º Tit. 71 e depois os seus interpretes confundiam a *concussão* com a *corrupção*. [1]

No direito portuguez se confunde *peculato* e *concussão*.

A differença é quasi a que vai do *furto* ao *roubo*.

O *peculato* é o furto, a *concussão* o roubo commettidos pelo empregado publico *tanquam talis*.

No peculato o offendido, quasi sempre é o Estado em ultima analyse, porque este é que deve responder ao particular pelos prejuizos causados pelo funccionario peculatario.

Na *concussão*, o offendido é quasi sempre o particular, podendo sel-o entretanto alguma vez o Estado, aliás sempre mediata ou indirectamente offendido.

A concussão *implicita* assemelha-se mais ao *furto* ou antes ao *estellionato* do que ao *roubo*.

Assim e com o que já dissemos anteriormente neste titulo ficam discriminadas as especies nelle comprehendidas e tão mal conceituadas e classificadas no cod. penal.

Quanto á jurisprudencia:

« São elementos essenciaes do crime de *peita* a qualidade de official publico, o acto em que se encarna a peita como

---

[1] Pereira e Souza, OBR. CIT. pag. 110.

pertencente ao officio, e um interesse, retribuição dada ou promettida, como causa motôra.» Acc. Relação *Minas Geraes* 27 janeiro 1897. [1]

CAPITULO IV

ABUSO DE AUTORIDADE E VIOLAÇÃO DOS DEVERES INHERENTES ÁS FUNCÇÕES PUBLICAS

CODIGO

Art. 207. Commetterá crime de prevaricação o empregado publico que, por affeição, odio, contemplação, ou para promover interesse pessoal seu:

1.º Julgar, ou proceder, contra litteral disposição de lei ;

2.º Aconselhar qualquer parte em litigio pendente de sua decisão;

3.º Deixar de prender e formar processo aos delinquentes nos casos determinados em lei, e dar-lhes a nota constitucional de culpa, no prazo de vinte e quatro horas ;

4.º Recusar, ou demorar a administração da justiça, ou as providencias do officio, requisitadas por autoridade competente, ou determinadas por lei ;

5.º Exceder os prazos estabelecidos em lei para o relatorio e revisão do feito, ou para proferir sentença definitiva ou despacho ;

6.º Dissimular, ou tolerar, os crimes e defeitos officiaes de seus subalternos e subordinados, deixando de proceder contra elles, ou de informar á autoridade superior respectiva, quando lhe falte competencia para tornar effectiva a responsabilidade em que houverem incorrido ;

7.º Provor em emprego publico, ou propor para elle, pessoa que notoriamente não reunir as qualidades legaes ;

8.º Julgar causas em que a lei o declare suspeito como juiz de direito de facto, ou arbitro, ou em que as partes o hajam legitimamente recusado ou suspeitado ;

9.º Ordenar a prisão de qualquer pessoa sem ter para isso causa ou competencia legal, ou tendo-a, conservar alguem incommunicavel por mais de 48 horas, ou retel-o em carcere privado ou em casa não destinada a prisão ;

10. Demorar o processo do réo preso ou afiançado, além dos prazos legaes, ou faltar aos actos do seu livramento ;

11. Recusar, ou retardar a concessão de uma ordem de *habeas-corpus*, regularmente requerida ;

12. Fazer remessa do preso á outra autoridade, occultal-o ou transferil-o da prisão em que estiver ; não apresental-o no logar e no tempo determinado na ordem de *habeas corpus* ; deixar de dar conta circumstanciada dos motivos da prisão, ou do não cumprimento da ordem, illudindo por esses meios a concessão do *habeas-corpus* ;

13. Tornar a prender, pela mesma causa, o que tiver sido solto em provimento de *habeas corpus* ;

---

[1] O DIREITO, vol. 80, pag. 314.

14. Executar a prisão de alguem sem ordem legal escripta de autoridade legitima; ou receber, sem essa formalidade, algum preso, salvo o caso de flagrante delicto, ou de impossibilidade absoluta da apresentação da ordem;

15. Excluir do alistamento eleitoral o cidadão que provar estar nas condições de ser eleitor, ou incluir o que não provar possuir os requisitos legaes;

16. Demorar a extracção, expedição e entrega de titulos, ou documentos, de modo a impedir que o cidadão vote, ou instrua recurso, interposto opportunamente;

17. Deixar de preparar, ou expedir, nos prazos legaes, os requerimentos dos cidadãos que pretenderem alistar-se eleitores; extraviar, ou occultar o titulo de eleitor, ou documentos, que lhe tenham sido entregues, relativos ao alistamento:

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno, perda do emprego, com inhabilitação para exercer outro, e multa de 200$ a 600$000.

§ 1.º Si a prevaricação consistir em impôr pena contra a litteral disposição de lei, e o condemnado a soffrer, impôr-se-ha a mesma pena ao juiz, ou juizes, si a decisão fôr collectiva, além de perda do emprego.

§ 2.º No caso, porém, que o condemnado não tenha soffrido a pena, impor-se-ha ao juiz, ou juizes, a que estiver designada para a tentativa do crime sobre que tiver recahido a condemnação.

Art. 210. Si qualquer dos crimes mencionados nos arts. 207 e 208 da secção precedente fôr commettido por frouxidão, indolencia, negligencia ou omissão, constituirá falta de exacção no cumprimento do dever e será punido com as penas de suspensão por seis mezes a um anno e multa de 100$ a 500$000.

Art. 211. Serão considerados em falta de exacção no cumprimento do dever:

§ 1.º O que largar, ainda que temporariamente, o exercicio do emprego sem prévia licença de superior legitimo, ou exceder o prazo concedido sem motivo justificado:

Penas — de suspensão do emprego por tres mezes a um anno e multa de 50$ a 100$000.

§ 2.º O que infringir as leis que regulam a ordem do processo, dando causa a que o mesmo seja reformado:

Pena — de fazer a reforma á sua custa e multa igual á somma a que montar a reforma.

§ 3.º O que em processo criminal impuzer pena contra a lei:

Penas — de prisão cellular por tres a nove mezes e multa de 100$ a 500$000.

Art. 212. A execução de ordem, ou requisição exigida por autoridade publica, só póde ser demorada pelo executor nos seguintes casos:

a) quando houver motivo para prudentemente se duvidar da sua authenticidade;

b) quando parecer evidente que fora obtida *ob* e subrepticiamente ou contra a lei;

c) quando da execução se devam prudentemente receiar graves males, que o superior, ou o requisitante, não tivesse podido prever.

Ainda que nestes casos possa o executor da ordem, ou requisição, suspender a sua execução para representar, todavia não será isento de pena, si não demonstrar claramente a relevancia dos motivos em que se fundara.

Art. 213. A soltura do preso, posteriormente á expedição de ordem de *habeas-corpus*, pela autoridade que ordenou a prisão, não a exime da responsabilidade criminal pela illegalidade da mesma prisão.

Art. 223. Exceder os limites das funcções proprias do emprego :

Pena — de suspensão do emprego por seis mezes a um anno, além das mais em que incorrer.

Art. 228. Expedir ordem, ou fazer requisição illegal :

Penas — de suspensão do emprego por um a tres annos e multa de 100$ a 500$000.

Art. 229. O que executar ordem ou requisição illegal, será considerado obrar, como si tal ordem ou requisição não existira, e punido pelo excesso de poder, ou jurisdicção que commetter.

São ordens e requisições illegaes as que emanam de autoridade incompetente, as que são destituidas das solemnidades externas necessarias para a sua validade, ou são manifestamente contrarias ás leis.

Art. 230. Exceder a prudente faculdade de reprehender, corrigir ou castigar, offendendo, ultrajando ou maltratando por obra, palavra, ou escripto, algum subalterno, dependente, ou qualquer outra pessoa com quem tratar em razão do officio :

Pena — de suspensão do emprego por um mez a um anno, além das mais em que incorrer pelo excesso ou injuria que praticar.

Art. 231. Commetter qualquer violencia no exercicio das funcções do emprego, ou a pretexto de exercel-as :

Penas — de perda do emprego, no grão maximo ; de suspensão por tres annos no médio, e por um anno no minimo, além das mais em que incorrer pela violencia.

Art. 232. Haver para si, directa ou indirectamente, ou por algum acto simulado, no todo ou em parte, propriedade ou effeito, em cuja administração, disposição, ou guarda deva intervir em razão do officio ; entrar em alguma especulação de lucro, ou interesse relativamente á dita propriedade ou effeito :

Penas — de prisão cellular por um a seis mezes, de perda do emprego e multa de 5 a 20 % da propriedade, effeitos adquiridos ou interesse que auferir da negociação. Em todo caso a acquisição será nulla.

Paragrapho unico. Em iguaes penas incorrerão os peritos, avaliadores, partidores, contadores, tutores, curadores, testamenteiros, depositarios, administradores de massas fallidas e syndicos de sociedades em liquidação, quando commetterem o mesmo crime.

Art. 233. Commerciarem os governadores e commandantes de armas dos Estados ; os magistrados ; os officiaes de fazenda, dentro dos districtos em que exercerem as suas funcções ; os officiaes militares de mar e terra, salvo si forem reformados e os dos corpos policiaes.

Penas — de suspensão do emprego por um a tres annos e multa de 200$ a 500$000.

Na prohibição deste artigo não se comprehende a faculdade de dar dinheiro a juro ou a premio, comtanto que as pessoas nelle mencionadas não façam do exercicio desta faculdade profissão habitual de commercio ; nem a de ser accionista em qualquer companhia mercantil, uma vez que não tomem parte na gerencia administrativa da mesma companhia.

Art. 234. Constituir-se devedor de algum subalterno; dal-o por seu fiador; ou contrahir com elle obrigação pecuniaria:

Penas — de suspensão do emprego por tres a nove mezes, e multa de 5 a 20 °/o da quantia da divida, fiança ou obrigação.

Art. 235. Solicitar alguma mulher, que tenha litigio ou pretenção dependente de decisão, ou informação, em que deva intervir em razão do cargo:

Pena — de suspensão do emprego por seis mezes a dous annos, além das mais em que incorrer.

Si o que commetter este crime for juiz;

Pena — de prisão cellular por um mez a um anno, além das mais em que incorrer.

Art. 236. Si o crime, declarado no artigo antecedente, for commettido por carcereiro, guarda ou empregado de cadeia, casa de reclusão, ou estabelecimento semelhante, contra mulher que esteja presa, ou depositada, debaixo de sua custodia ou vigilancia, ou contra mulher, filha ou irmã, curada ou tutelada de pessoa que se achar nessas circumstancias;

Penas — de prisão cellular por um mez a um anno e perda do emprego; além das outras mais em que incorrer.

Art. 237. Quando do excesso ou abuso de autoridade, resultar prejuizo aos interesses nacionaes:

Pena — de multa de 5 a 20 °/o do prejuizo causado, além das outras mais em que incorrer.

Art. 238. O empregado publico que for convencido de incontinencia publica e escandalosa; de vicio de jogos prohibidos, de embriaguez repetida; de haver-se com ineptidão notoria ou desidia habitual no desempenho de suas funcções:

Pena — de perda do emprego, com inhabilitação de obter outro, até mostrar-se corrigido.

COMMENTARIO

48. Para dar uma fórma racional ao commentario, foi indispensavel organizar o texto, retalhando as secções 1ª, 2ª, 6ª e 7ª deste titulo V do Codigo Penal, ficando os artigos restantes para organizar os textos dos commentarios dos capitulos 5º e 6º.

Além do que dissemos e já consignamos aqui sobre o titulo em geral e especialmente sobre os diversos capitulos dos projectos de 1893 e 1897, com referencia, quer aos codigos anterior e vigente, quer aos outros projectos de 1896 e 1899, fizemos uma nota acerca do art. 238 do Codigo Penal dizendo, contra os ultimos projectos citados que reproduziram o texto do referido artigo:

Não ha razão para reviver o dispositivo da figura da embriaguez e da incontinencia do empregado publico.

O direito commum é que deve ahi regular, salvo quando elle incidir *tanquam talis* nas comminações respectivas. [1]

---

[1] Exposição de motivos de 1897, pag. 11.

Entretanto passemos ao assumpto de todo capitulo, em geral, para depois especialisarmos as hypotheses conforme as respectivas configurações.

Assim Pessina, sob o titulo «exercicio illegal e arbitrario do poder» comprehende como uma das fórmas geraes da *prevaricação* em sentido mais extenso que o do nosso Codigo Penal o *abuso do officio*, isto é, o facto de exercitar o poder, excedendo os confins que a lei assignala á actividade do mesmo, seja para com os outros poderes reconhecidos pelo Estado, seja para com os particulares.

Um antigo principio é que todo poder deve ser exercido dentro dos limites a elle designados pela lei.

E si *in societate civili aut lex aut vis valet*, todo excesso no exercicio do poder é *violencia*, é *arbitrio*, é *vis*.

O exercio abusivo do poder tambem sem o escopo de lucro illegitimo, como vimos até aqui, como excesso de poder é criminoso.

Este modo de delinquir póde manifestar-se por tres aspectos differentes :

I. abuso de poder contra o interesse publico: —Codigo Penal, arts. 224 a 227; e projectos de 1893 e 1897, capitulo V, e de 1899, cap. VI.

II. contra os particulares: —Codigo Penal, secções 1ª e 6ª; projectos, capitulo IV, de 1893 e 1897 e capitulo V, de 1899.

III. em damno ou prejuizo especial dos detentos:— Codigo Penal, art. 207, ns. 9 a 14; projectos, de 1893, arts. 190 e 191 e 1897, arts. 175 e 176; e de 1899, arts. 157 e 158.

Guardaremos na exposição a ordem do systema dos projectos que temos observado por parecer-nos a mais methodica, uma vez que o Codigo Penal nenhuma ordem guardou.

Assim a primeira maneira de delinquir, para nós é o exercicio abusivo da autoridade em prejuizo dos particulares, e que se póde distinguir por duas formas uma *negativa*, outra *positiva*.

A forma *negativa* é a *denegação de justiça*; entre nós é muito mais ampla que o *deni de justice* dos francezes, e consiste na recusa illegitima por parte do empregado publico de praticar os actos do proprio ministerio. Exemplos : Codigo Penal, art. 207, ns. 3, 4 e 10; projectos, de 1897, art. 203; de 1899, art. 197.

A forma *positiva* comprehende todos os actos *arbitrarios* contra o direito individual. E si ha n'elles a nota de um crime contra o direito individual, esta não exclue a outra que o transforma em crime contra o direito do Estado, porque é commettido por funccionario publico que abusa de suas funcções.

Assim o crime pode revestir diversas formas:

1.ª De attentato contra a liberdade individual, que pode manifestar-se contra a liberdade da pessoa; exemplos: cod. pen. art. 207, ns. 9, 13 e 14; projectos, de 1897, arts. 173 e 174; de 1899, arts. 155 e 156.

2.ª Outra fórma verifica-se nos crimes contra o livre exercicio dos direitos individuaes, como a inviolabilidade do domicilio, da correspondencia etc.

3.ª A *violencia* de que trataremos depois neste titulo.

N'estes tambem se incluem violencias e vexames contra os detidos de que tambem já tratamos (n. 23) no tit 2º cap. 2º deste commentario. [1]

40. Estabelecidos estes principios geraes, depois de termos tratado nos capitulos anteriores dos crimes especificos, devemos agora tratar dos *geraes*, ou genericos si assim nos podemos exprimir, comprehendidos na 1ª e 6ª secção deste tit. do cod. pen. e no cap. IV dos projectos de 1893 e 1897 e no cap. V do de 1899, isto é «do abuso de autoridade e violação dos deveres inherentes ás funcções publicas.»

E' impossivel acompanhar methodicamente o cod. n'esta materia, onde elle exagerou a casuistica do cod. crim. anterior e onde apezar de tudo é lacunoso.

Tratando-se, entretanto, desta classe de crimes, o primeiro a notar é o formulado no projecto de 1897, art. 201; e no de 1899, art. 199; comprehendido aliás, mas muito diffusamente no texto do cod. pen. arts. 207 e 226.

Essa fórmula, diz Carrara, exprime, ora um *genero*, ora uma *especie*; como genero, se applica indistinctamente a qualquer facto culpavel, para consumar o qual o agente se tenha prevalecido da situação que lhe dava o emprego por elle occupado; como especie, exprime mais particularmente aquelles abusos que não são meras transgressões disciplinares ou violações dos simples deveres *moraes* do officio, mas, ao contrario, causão tal offensa ao direito que exigem uma repressão penal e constituem por isso verdadeiros e proprios crimes; mas, ao mesmo tempo, não offerecendo por si mesmo uma odiosidade particular digna de nome especial, ficão sob aquella denominação generica. [2]

Em summa, tal formula muito generica contém em si mesma uma disposição geral e complementar destinada a reprimir todos aquelles abusos commettidos por funccionarios contra o direito doutrem, que não são contemplados por uma disposição especial de lei.

Assim, como nem todos os abusos que podem ser commettidos por funccionarios são especialmente previstos e re-

---

[1] Pessina, Obr. cit. vol. 3º pag. 74.
[2] Vid. tambem Majno, Obr. cit I. art. 175, pag. 525, n. 892.

primidos pelo codigo, é justo, para evitar lacunas deploraveis, que uma norma geral proveja a todas as contingencias possiveis.

A disposição, pois, só póde ter applicação quando o abuso do emprego não configure um crime especial, tendo no codigo um outro nome determinado, por exemplo, o do art. 181 do nosso codigo, e quando o abuso do officio já não seja considerado como circumstancia aggravante de um crime commum, como v. g. nos delictos eleitoraes.

O codigo italiano corrigiu os defeitos dos codigos anteriores e não fez como o nosso que os manteve.

No direito francez é obscura e pouco precisa a noção do *abuso de autoridade* que comprehende as infracções mais *diversas*, incluindo as *especificas* de que já tratamos. Entre ellas figura a chamada *deni de justice* de pouca importancia e que corresponde a do projecto de 1897, art. 208; e de 1899, art. 197.

Repetimos, é impossivel guardar a ordem numerica ou successiva do texto do cod. pen., taes são os defeitos da classificação das materias e as repetições doutras já tratadas em titulos diversos onde melhor teriam cabimento algumas disposições; continuaremos, pois, conforme a ordem dos projectos de revisão do codigo.

A outra forma do crime deste cap. é a expedicção, requisição ou execução das ordens illegaes, cuja definição esclarece a interpretação dos arts. 28, 35, § 2º e 42 § 4º, do codigo. O crime está previsto nos arts. 228 e 229 do texto.

A disposição destes artigos com os caracteres de generalidade e nitidez que tanto os accentúa é uma especialidade que só nos consta figurar nos nossos codigos.

Já nos referimos á materia neste mesmo commentario (n. 23).

Noutro livro tratamos das questões correlatas a que dão logar os arts. 28, 35 § 2º e 42 § 4º do codigo pen. [1]

Outra forma é a pratica de violencia no exercicio de funcção, ou a pretexto de exercel-a: cod. art. 231.

Esta disposição tem sua fonte, ao menos primitiva, no cod. francez, art. 186, seguido pelo nosso cod. crim. anterior, art. 145, donde passou para o vigente.

Conforme os respectivos interpretes, a figura do crime exige quatro condições: 1ª violencias contra a pessoa, graves ou ligeiras; 2ª o caracter de funccionario publico elevado ou subalterno na hierarchia; 3ª que seja commettido o facto no exercicio ou por occasião de exercicio das funcções; 4ª sem motivo legitimo.

---

[1] Do autor: COD. PEN. COMMENTADO, 1º vol. pags. 326 n. 79; 2º vol. pag. 37 n. 87; pag. 173 n, 129; pag. 179, n. 131.

Esta ultima condição é de rigor, porque a violencia, a força, *vis*, para com as pessoas na execução das leis e ordens legaes da autoridade competente, na conformidade destas, como temos dito, é *legitima* na medida em que ella se faz *necessaria*.

Sem o emprego della, a lei e a justiça ficariam impotentes e desarmadas.

Assim é que a accusação deve provar, contra o funccionario, que tem uzado voluntariamente da violencia, não sómente o facto material da violencia que lhe é arguido, como tambem a illegitimidade deste facto, porque si o emprego da violencia é sempre illegitimo da parte dos particulares, não o é sempre da parte dos funccionarios.

A lei franceza não define o motivo illegitimo, deixa-o á apreciação dos tribunaes.

Trata-se dum crime intencional, as violencias devem ser *queridas*; não se trata de simples culpa e a exclúe mesmo a idéa de pesquiza do motivo. [1]

50. Os arts. 232 a 234 do cod. pen. comprehendem outras formas, umas mais ou menos attenuadas que outras de infracções e que se podem reduzir á figura do crime que tem por escopo o funccionrrio de auferir um lucro illicito por meio da funcção, sem ser nos casos já tratados, nos caps. I a III deste titulo do commentario, das figuras especificas do peculato, concussão e corrupção.

O cod. italiano, art. 176, generalisou muito a formula para abranger o maior numero possivel de casos.

Os elementos constitutivos dos crimes dos arts. 232 a 234 do texto são, a qualidade de empregado publico dos designados na lei, e o interesse privado que por si ou por outrem, ostensiva ou simuladamente trata de promover, traficando com a propria funcção.

Não é mister que se torne effectivo o prejuizo da administração, quando, entre nós, o prejuizo póde ser tambem só contra o particular; o que resulta, aliás, por argumento *a contrario sensu* do nosso cod. art. 237.

Assim não tem lugar entre nós a divergencia reinante entre o direito francez e o italiano neste ponto.

O particular co-réo, ou complice deve ser punido?

A solução da questão exige uma distincção.

Assim quando o acto é de empregado publico, o particular só deve ser punido, quando o acto não fór sómente criminoso, porque é commettido por empregado publico, mas revestir caracteres de criminalidade *commum*.

E' a doutrina de Carrara e outros. [2]

---

[1] Garraud, OBR. CIT. vol. 3º pag. 445.

[2] Majno, OBR. CIT. I, art. 176, pag. 528, n. 902; Garraud, OBR. CIT. 3º vol. pag. 375.

Outra fórma é a revelação de segredos que o cod. não prevê nos artigos do texto, talvez, porque no titulo 1°, art. 87 § 3° tinha previsto a revelação de segredos de Estado, que é cousa muito differente.

A figura está prevista no projecto de 1897, art. 207; e no de 1899, art. 196.

A disposição é para regular casos outros que não os de que já tratamos no tit. 1° cap. 1°, 1ª secção, tit. 3° cap. 3° comprehensivos dos politicos ou militares, epistolares, profissionaes, etc...

E' crime doloso, quando a culpa é punida mesmo na revelação de segredos politicos e militares pela sua importancia.

Aqui trata-se não só da revelação de documentos, como de factos conhecidos pelo empregado e que elle não deve revelar.

Os arts. 208 a 210 do projecto de 1897, 197 a 199 do de 1899, comprehendem outra fórma de omissão ou recusa dos actos de officio que as disposições designam.

O codigo dispersou essas fórmas pelos arts. 207, ns. 3 e 4; 212 e talvez por outras disposições, com formulas pouco precisas e embora repetidas, sempre mal caracterisadas.

Trata-se tambem dum crime doloso e que commettido por lucro degeneraria em *corrupção*.

O elemento material do crime está na omissão ou recusa de actos de officio que não estejam especialmente previstos noutros artigos.

Os arts. 208 do projecto de 1897, e 196 do de 1899 consagram uma aggravante.

Outra fórma é o abandono arbitrario do emprego que o art. 211 § 1° do texto do codigo penal confunde com outras hypotheses, porque infelizmente em algumas secções deste titulo, além da má distribuição da materia, até a collocação dos artigos duma mesma secção não corresponde á ordem dos titulos ou nomes das materias designadas na respectiva epigraphe.

Assim a epigraphe da 6ª secção comprehende duas materias, pois a collocação dos artigos começa pela segunda!

A figura alludida está comprehendida no art. 211 do projecto de 1897, e 201 do de 1899.

E' mister que haja abandono arbitrario com o fim designado na lei; ou que haja prévio concerto de tres ou mais empregados para o abandono conforme os projectos.

Ha crime ainda que o evento que tinham como escopo não se produza.

Finalmente, o art. 212 do projecto de 1897 e o art. 202 do de 1899, comprehendem uma formula geral de abuso da funcção que o codigo penal nos arts. 207, 210 e noutros traduziu por disposições casuisticas.

São a antiga *prevaricação* dos nossos codigos anterior e vigente e « a falta de exacção no cumprimento de deveres».

231. Quanto á jurisprudencia sobre crimes deste capitulo:

« E' elemento essencial do delicto previsto no art. 231 do cod. pen. a *violencia* que póde ser contra a *pessoa* ou contra a *cousa*.

Compete ás Juntas Correccionaes, observadas as prescripções processuaes, a condemnação das contravenções de jogo.

Assim, a autoridade policial, que, summarissimamente, impõe multas por taes contravenções, commette o crime de *usurpação* de funcções privativas da autoridade judiciaria.

Mas, irresponsavel é a autoridade policial que dest'arte exhorbita, si, sem a intenção criminosa, procede por erro de direito adjectivo. » Acc. do Trib. Civil e Crim. (conselho do), presidente e relator, Dr. Muniz Barreto, 5 de maio de 1898 — *Rev. de Jurispr. cit.* vol. 3º pag. 436.

« Commette o crime do art. 226 do cod. penal a autoridade policial que impuzer summarissimamente multa e prisão pelo *jogo* denominado do *bicho*.

Não isenta desta responsabilidade a ordem illegal da chefatura de policia em um tal sentido.

Não pode tambem prevalecer, para absolvição da autoridade policial delinquente, a falta de intenção criminosa, por lhe cumprir conhecer a lei. » Acc. de 12 de abril e 19 de setembro de 1899 do Trib. Civil e Crim., e da Côrte de Appellação. — *Rev. de Jurispr. cit.* vol. 7º pag. 284.

« Não é considerado incurso no art. 224 do Codigo Penal o contador do Correio de um Estado que depois da publicação do novo regulamento dos Correios, continuou a substituir o administrador, de accordo com o regulamento anterior e com sciencia do administrador geral; sendo manifesta a boa fé com que procedeu. » Acc. do Supr. Trib. Federal, 11 de maio de 1895. [1]

« O art. 231 do cod. pen. presuppõe a violencia com o fim ou intuito principal do agente e o exercicio real ou pretextado das funcções do emprego como o meio de chegar ao fim desejado.

Suppõe-se que a autoridade goza da prudente faculdade de reprehender, corrigir ou castigar ; o que se pune é a imprudencia, que existe na offensa, no ultrage, no máo trato, — em sua triplice manifestação— obra, palavra ou escripto.»

---

[1] *Supremo Tribunal Federal* — JURISPRUDENCIA do anno de 1895, pag. 48.

Intelligencia dos arts. 230, 231 e 196 do cod. pen.— Acc. Relação *Minas Geraes*, 3 de fevereiro de 1900. [1]

« O jury faz parte da organização judiciaria dos Estados, e deve ser regulado pelas respectivas leis, salvo a sua essencia.

E' constitucional, e como tal deve ser entendida e applicada, a lei processual do Estado que relativamente ao Jury, estabelece a publicidade do voto dos juizes de facto e a fundamentação das recusações dos mesmos por parte da accusação e da defesa.

Não obstante, não commette crime algum, e sim apenas simples erro de interpretação que não dá lugar á responsabilidade criminal, o juiz, presidente do jury, que deixa de applicar essas disposições da referida lei processual por julgal-as attentatorias do art. 72 § 31 da Constituição Federal.» Intelligencia dos arts. 34, n. 23, 63, 65 n. 2 e 72 § 31 da Const. Fed. e arts. 207, 210 e 226 do cod. pen. Acc. do Sup. Trib. Federal, 7 de outubro de 1899. [2]

« E' negado provimento ao recurso interposto do despacho do juiz seccional não recebendo a queixa apresentada contra o Inspector da Alfandega da Capital Federal, porque os factos allegados (expedição de duas portarias ordenando a dous conferentes que fossem á casa do queixoso proceder á nova pesagem e conferencias de mercadorias já despachadas na Alfandega, exigindo as respectivas facturas) não constitûem os crimes previstos nos invocados arts. 226 e 228 do cod. pen. Acc. do Supr. Trib. Federal, 2 de abril de 1898.

« Como preliminar, tomando-se conhecimento do recurso, porque dado que não fosse apresentado dentro do prazo legal, não deve essa circumstancia prejudicar os interesses da justiça, é negado provimento ao mesmo recurso e confirmada a sentença que julgou improcedente a denuncia dada contra o recorrido, porquanto, não constitue o crime previsto no art. 226 do Codigo Penal, o facto de haver o denunciado escripto em autos, sem termo de vista, e em resposta á severa advertencia do juiz seccional, um artigo em que se serviu de expressões consideradas desrespeitosas.» Accordão do Supremo Tribunal Federal, 4 de maio de 1898. [3]

« Crime de *prevaricação* definido no art. 207 § 1º do Codigo Penal: — não o commettem os membros da Junta apuradora eleitoral por terem tomado votos em separado, em face da respectiva lei estadoal de Goyaz, n. 20 de abril

---

[1] O DIREITO, vol. 82. pag. 277.

[2] O DIREITO, vol. 73, pag. 15 e vol. 82, pag. 88, e a REVISÃO DOS PROCESSOS PENAES do autor, App. pag. 411, n. 87.

[3] JURISPR. CIT. do anno 1898, pag. 57, n. 60, pag. 59, n. 62.

de 1885, art. 49 — e nem por isso incorrem em outra qualquer responsabilidade criminal: « Sentença do juiz de direito de Goyaz, 30 de agosto de 1895. [1] »

« Não ha crime no simples facto de reformar-se um despacho de pronuncia.

« As circumstancias constitutivas do crime de *prevaricação* devem ser provadas (Codigo Criminal art. 129, Codigo Penal art. 207).

« No crime de *prevaricação* não póde ter lugar a *attenuante* de não ter havido da parte do delinquente — pleno conhecimento do mal e directa intenção de o praticar (Codigo Criminal art. 18 § 1º, Codigo Penal art. 42 § 1º). » Accordão do Supremo Tribunal de Justiça 12 de fevereiro 1877 — *O Direito*, vol. 12, pags. 793.

« Não excede os limites de suas attribuições o juiz seccional que concedendo ordem de *habeas-corpus* e consequente soltura a réo preso por delicto da competencia da justiça local, onde estava sendo processado, o fez sem intenção criminosa e sim por defeito de interpretação do texto legal — Intelligencia do art. 226 combinado com o art. 24, do Codigo Penal, » Accordão do Supremo Tribunal de 19 de dezembro de 1895. [2]

CAPITULO V

DA USURPAÇÃO DE FUNCÇÕES PUBLICAS E DE TITULOS OU HONRAS

CODIGO

Art. 224. Arrogar-se e effectivamente exercer sem direito, emprego ou funcção publica, civil ou militar:

Penas — de prisão cellular por seis mezes a dous annos e multa igual ao dobro dos vencimentos que tiver recebido.

Art. 225. Entrar em exercicio do emprego, sem ter satisfeito previamente as exigencias da lei para a investidura do mesmo:

Pena — de suspensão do emprego até satisfazer as condições exigidas, e multa igual ao dobro dos vencimentos que tiver recebido do emprego.

Art. 227. Continuar a exercer funcções do emprego ou commissão, depois de saber officialmente que está suspenso, demittido, removido, ou substituido legalmente, excepto nos casos em que for autorizado competentemente para continuar:

Penas — de prisão cellular por um mez a um anno e multa igual ao dobro dos vencimentos que tiver recebido pelo exercicio indevido do cargo.

---

[1] O Direito, vol. 70, pag. 600.
[2] O Direito, vol. 72, pag. 411.

COMMENTARIO

532. Este capitulo é um fragmento da 6ª secção do codigo penal neste seu titulo V que corresponde ao IV deste nosso commentario.

E' a materia do capitulo correspondente ao projecto de 1897, arts. 213 e 214 e do de 1899, arts. 204 a 206.

E' uma outra classe de crimes deste titulo « a usurpação de funcções publicas e de titulos ou honras. »

Trata-se, em primeiro lugar, do exercicio abusivo de funcções publicas e ao que o codigo penal se refere nos tres artigos do texto.

Esse crime póde ser praticado por um particular ou por um funccionario; assim como são criminosos tambem a antecipação e o prolongamento das funcções publicas.

O organismo do poder social, diz Pessina, não pode conservar-se illeso de perturbação, quando o particular venha a invadir o seu dominio, fazendo-se seu representante, sem estar investido delle segundo as formas e condições legaes.

Daqui surge o delicto de « exercicio abusivo de funcções publicas », delicto, cuja noção não se restringe á usurpação de um officio ou emprego permanente, mas se estende á toda manifestação propria da actividade do poder social, permanente ou transitoria. [1]

A autoridade publica, diz Garraud, é delegada a certos agentes, submettidos a justas condições de investidura. Usurpar a situação destes agentes, exercer a autoridade publica em seu lugar, são factos erigidos em delictos por toda a legislação civilisada.

E' a figura do art. 224 do texto do codigo penal caracterisada pelo facto de alguem que indevidamente, isto é, sem titulo legitimo, assuma ou exercite funcções publicas, sendo simples particular, ou mesmo empregado publico que exerça funcções differentes daquellas de que está legalmente revestido.

E' mister notar, com Majno, que assumir uma funcção exprime uma acção positiva e não dictos vãos ou expressões ineptas; é, por outras palavras, tomar posse do cargo constituido pela funcção ou a que esta está ligada ou annexa. [2]

Assumir simplesmente o titulo constituiria as figuras de contravenção dos arts. 379 ou 381 do nosso cod. pen., menos graves do que a do art. 224 do texto.

---

[1] Pessina, Obr. cit. vol. 3º pag. 119.
[2] Majno, Obr. cit. i, pag. 549.

O direito francez, italiano e outros punem tambem o exercicio da autoridade publica illegalmente antecipado, ou prolongado [1].

Os elementos constitutivos das figuras destes crimes variam de accordo com a legislação dos diversos paizes pertinentes especialmente ao assumpto, isto é, conforme as peculiares condições e requisitos por cada uma exigidos para a nomeação e posse ou destituição dos cargos publicos.

São as especies dos arts. 225 e 227 do texto do nosso cod. pen.

Assim o individuo nomeado para um cargo publico que sem fazer a *affirmação* ou tomar o *compromisso* (outr'ora o *juramento*) de bem servir, ou não prestar a fiança ou não dér a caução, por exemplo, si a lei o exigir, e assumir, entretanto, sem cumprir as formalidades legaes, o exercicio das funcções do cargo incorrerá no crime previsto no art. 225.

Do mesmo modo, o que continuar a exercer funcções depois de saber officialmente que cessaram ou foram suspensas, terá commettido o crime capitulado no texto do art. 227 do cod. pen.

O cod. neste art. 227 repete a mesma especie do art. 211 § 1º, 2ª parte, classificada na 2ª secção deste titulo e não na sexta de que aqui tratamos; e como as penalidades dos dous artigos são differentes, o juiz se achará muita vez inteiramente embaraçado na execução!

Quanto, agora, « á usurpação de titulos ou honras » ultima parte deste capitulo e que os projectos de revisão do cod. pen. previram como *crime*, o mesmo cod. colloca os respectivos factos entre as *contravenções* envolvidos com materias completamente estranhas.

Entretanto, diz Carrara, annotando a disposição parallela do cod. italiano, que o art. 186 no projecto senatorial precedente figurava nas *contravenções*,—mas si se considera que com o facto se offende immediatamente um direito dos terceiros, isto é, o de trazerem legalmente os distinctivos honorificos conferidos pela autoridade, é facil persuadir-se do dolo da acção e que a classificação de tal infracção acha um logar adequado na classe dos *delictos* [2].

O projecto de 1897 colloca o crime no art. 214 e o de 1899 no art. 205.

Da mesma opinião de Carrara é Pessina, porque o facto importa a violação dum direito.

---

[1] Garraud, Obr. cit. 3º vol. pag. 471.
[2] Carrara, Commento cit. art. 186, pag. 118.

CAPITULO VI

PREVARICAÇÃO

CODIGO

Art. 209. Ficarão comprehendidos na disposição do artigo precedente, e serão julgados pela mesma fórma de processo que os funccionarios publicos, o advogado ou procurador judicial :

1º, que conluiar-se com a parte adversa e, por qualquer meio doloso, prejudicar a causa confiada ao seu patrocinio ;

2º, que, ao mesmo tempo, advogar ou procurar scientemente por ambas as partes ;

3º, que solicitar do cliente dinheiro, ou valores, a pretexto de procurar favor de testemunhas, peritos, interpretes, juiz, jurado ou de qualquer autoridade ;

4º, que subtrahir, ou extraviar, dolosamente, documentos de qualquer especie, que lhe tenham sido confiados e deixar de restituir autos que houver recebido com vista ou em confiança :

Penas — de privação do exercicio da profissão, por dous a quatro annos e multa de 200$ a 500$, além das mais em que incorrerem pelo mal que causarem.

COMMENTARIO

53. O artigo do texto está comprehendido na 1ª secção do titulo V do codigo penal ; mas a materia constitue objecto deste capitulo, no titulo respectivo do projecto de 1897, arts. 215 a 217, e do de 1899, arts. 207 a 209.

Justificando o projecto de 1897, comparativamente com os de 1893 e 1896, dissemos sobre o assumpto deste capitulo e do anterior, de modo geral, sobre o contexto delles; notando tambem a collocação inconveniente do art. 206 do projecto de 1896 ; e outros lapsos deste ultimo projecto, neste titulo mesmo, reproduzidos, entretanto, apezar de taes avisos no de 1899 :

Nos 5º e 6º capitulos do titulo, o substitutivo, a não ser quanto ás alterações da penalidade, não se affastou quasi da nova redacção.

O ultimo artigo é um crime politico e já ficou lá no respectivo titulo.

Esquecia dizer que ha antinomia entre o art. 27 n. I e o § 2º do art. 191.

O capitulo VII não differe, nem do projecto nem do substitutivo, nem mesmo na referencia feita duas vezes á indemnisação do damno, tão malsinado pela nova redacção, tal é a força da verdade !

O capitulo VIII está nas mesmas condições, respectivamente aos tres projectos [1].

Effectivamente, a collocação do art. 206 no capitulo da « usurpação de funcções e de titulos ou honras » póde tornar controvertida a competencia da justiça federal, cujas leis se referem, não a este, mas ao primeiro titulo do codigo.

Como assumpto final deste titulo, vamos tratar da *prevaricação*.

A *prevaricação* não exprime, senão impropriamente, conforme a linguagem do codigo criminal anterior e do codigo penal vigente, o abuso da funcção publica, mas o abuso do officio de advogado ou procurador ou antes, do *patrono* [2].

O sujeito activo deste crime é o patrono, tomada esta expressão na falta doutra, para comprehender do modo mais geral possivel, até certo ponto contra a opinião de Carrara, toda especie de defensor, advogado ou não, procurador legal ou não, munido ou não de diploma judicial ou profissional, e assim, tambem, aquelles que são admittidos, como na Italia, ao patrocinio deante dos pretores e *conciliadores* (juizes de paz).

Não se faz mesmo ahi distincção alguma, si o patrono é nomeado directamente pela parte ou delegado de officio, si é retribuido ou não [3].

Entre nós, por exemplo, nos juizos criminaes, podem figurar quaesquer pessoas, como representantes das partes, para assistirem os autores ou defenderem os réos ; sendo que, acompanhando estes, para tomar-lhes a defeza nem precisão de instrumento de procuração.

Nestes crimes é necessario o dolo; não ha crime, si o damno resultar de simples negligencia, ou ineptidão do patrono.

O crime reduz-se ás tres formas do codigo italiano, arts 222 a 224, que o nosso codigo penal adoptou no seu texto e os projectos nos arts. citados corrigiram, de accôrdo com a fonte commum. São estas as formas:

1ª, o *conluio* do patrono em causa a este confiada e que o nosso codigo penal, no art. 209 ns. 1 e 2 do texto, caracterisa muito mal, sem distinguir as causas, e está conceituado no projecto de 1897, art. 215, e no de 1899, art. 207 ;

2ª, a *infidelidade* do patrono em causa *criminal,* a que o artigo do texto do nosso codigo penal nem siquer allude (!) e os projectos citados definem, editando penas mais graves, o de 1897, art. 216, e o de 1899, art. 208.

---

[1] Exposição de motivos de 1897, pag. 10.
[2] Carrara, Programma cit. Part. Spec. 5º vol., § 2.594, pag. 176.
[3] Majno, Obr. cit., I, pag. 648, art. 222, n. 1.091.

Mas, note-se, a infidelidade commettida contra o accusador não incide neste conceito e sim na disposição anterior, conforme a opinião de Majno e resulta bem da redacção dos projectos citados.

3ª, a *concussão* do patrono que o codigo penal define no art. 209, n. 3 do texto, e os mesmos projectos, o de 1897, art. 217, e o de 1899, art. 209.

Em geral, é o abuso da profissão ou do ministerio equiparado desde os Romanos ao abuso do officio publico.

Este abuso, como diz Pessina, é a traição da justiça social que se encarna na traição da defeza.

E é previsto e punido pelos codigos dos povos cultos, como crime, não só contra o direito individual que é confiado ao patrocinio de alguem, mas, tambem, contra o direito do Estado; porque, faltando uma defeza honesta, falta á toda sociedade juridica uma das mais importantes garantias da defesa social.

Aqui suscita-se uma questão que tratamos de resolver.

54. A chamada *quota litis*, controvertida em theoria, não constitúe crime.

E' o facto de tomar o advogado a causa, sob a condição de pagar-se do seu trabalho mediante uma quota parte ajustada do que receber ou liquidar a favor e por conta do cliente.

E' um negocio perfeitamente licito, estipulavel entre procurador e constituinte e ás vezes o meio unico de conseguir o ultimo fazer valer o direito que lhe assiste ante a justiça e auferir um lucro que não obteria de outro modo, por falta de recursos pecuniarios, ou por não achar advogado capaz de tomar com probabilidade de exito o patrocinio da causa [1].

Convém notar que só ha crime quando se trata de *causas*, conforme a opinião de Carrara, embora possa ser considerado um acto immoral dar o advogado conselhos ou *pareceres* differentes ás partes adversas, sobre o mesmo negocio; a lei suppõe, para haver crime, um verdadeiro litigio ou demanda.

Si, porém, o advogado consultado por uma parte, ouve os segredos desta e depois consultado tambem pela parte contraria, os revela á esta outra, commetterá então o crime do art. 192 do codigo penal contra a inviolabilidade do segredo *profissional*.

O direito allemão differe um pouco do direito italiano na materia da *prevaricação*.

---

[1] Vid. Majno, OBR, CIT., I, pag. 649, n. 1.091, art. 222; Carrara, PROGRAMMA, CIT. vol. 5º, § 2.607; Pessina. ELEMENTI CIT., 3º vol. pag. 81.

Ao § 356 do codigo allemão, Carrara, em nota na traducção italiana, diz que é justissima a severidade pela prevaricação (o contrario do nosso codigo) que é delicto inexcusavel e infame. E, com bem razão, acrescenta, não se admitte neste paragrapho a possibilidade de attenuantes.

O codigo allemão, nessa disposição, refere-se, não sómente á assistencia, como a *conselhos* que são incriminados, do mesmo modo que a assistencia.

Outra differença. « O art. 356, diz von Liszt, só tem applicação ao processo penal, quando se acham em presença duas partes (accusação privada); não tem pois applicação á relação do defensor para com o ministerio publico.

Em nota, o seu traductor diz que o serviço póde consistir em conselhos, como em actos; em acções como em *omissões*, embora não effectuadas em nome da parte; basta que o procurador promova os interesses contrarios da outra parte, como *deixar* decorrer um prazo fatal [1].

Este ultimo ponto constitue, talvez, uma outra differença do direito italiano, onde, pelo menos, a solução nos parece duvidosa.

Finalmente, o nosso codigo penal no art. 209 do texto, enxertou o numero 4º que comprehende modalidades de furto e falsidade e até infracções de regimentos processuaes, como a recusa da entrega de autos com *vista* ou em *confiança* ao advogado, sem fazer distincção alguma, comminando a todos a mesma pena, isto é, a factos graves e infracções as mais ligeiras.

Quanto á jurisprudencia sobre este capitulo, ou antes sobre qualquer *quota litis*, arestos recentes confirmam nossa opinião, julgando-a licita sob o ponto da lei civil, o que quer dizer que o principio resistiria á qualquer sancção penal contra ella.

« A Orden. do Liv. 4º Tit. 10 prohibe tão sómente a cessão de acção litigiosa, posta em juizo e contestada.

« Assim, não comprehende-se nessa prohibição a cessão anterior á propositura da acção.

« Nenhuma applicação tem entre nós a constituição do imperador Anastacio, confirmada pelo imperador Justiniano (lei 22 e 33, Cod. 4,35), segundo a qual o cessionario, a titulo oneroso de um direito, só tinha acção contra o devedor até á concurrencia da importancia por elle desembolsada e respectivos interesses ». Acc. do Trib. Civil e Criminal, de 13 agosto 1897 e Côrte de Appellação, 2 junho 1898.

Em relação aos advogados, especialmente, Teixeira de Freitas já ensinava a mesma doutrina, mas pretendia re-

---

[1] Franz von Liszt. Obr. cit., tom. 2º, pag. 283, not. *d in fine*.

stringil-a ao caso em que o advogado contractasse por quantia *certa e liquida*.

A restricção não tem razão de ser, porque a certeza e liquidez se reduz muita vez á uma simples operação arithmetica para verificar a porcentagem devida ao advogado sobre o quantum que elle conseguiu liquidar; além de que, a exigencia da quantia *certa e liquida* era feita para dar ao advogado o privilegio da acção executiva, para cobrar elle o honorario contractado, como tem sido expresso no regimento de custas e póde-se ver ainda no ultimo decreto n. 3,363, de 5 de agosto de 1899, art. 9, expedido com autorisação da lei n. 539, de 19 de dezembro de 1898 [1].

TITULO V

Dos crimes contra a incolumidade publica

CAPITULO I

DO FOGO POSTO, INUNDAÇÃO E OUTROS

CODIGO

Art. 136. Incendiar edificio, ou construcção, de qualquer natureza, propria ou alheia, habitada ou destinada á habitação, ou a reuniões publicas ou particulares, ainda que o incendio possa ser extincto logo depois da sua manifestação e sejam insignificantes os estragos produzidos.

Pena — de prisão cellular por dous a seis annos, e multa de cinco a 20 % do damno causado:

Incluem-se na significação dos termos — construcção habitada ou destinada á habitação:

1º, os armazens;
2º, as officinas;
3º, as casas de banho ou natação;
4º, as embarcações ou navios;
5º, os vehiculos de estradas de ferro pertencentes a comboio de passageiros, em movimento, ou na occasião de entrar em movimento;
6º, as casas de machinas, armazens e edificios dos estabelecimentos agricolas.

Paragrapho unico. O proprio dono não ficará isento das penas deste artigo, sem provar que o objecto por elle incendiado já não tinha algum dos destinos ou usos especificados, e que do incendio não poderia resultar perigo commum ou prejuizo de terceiro.

---

[1] Revista de Jurisprudencia cit. vol. 3º, pag. 426; Teixeira de Freitas, Consolidação das leis civis. Rio de Janeiro, 1876, art 468, not. 23.

Art. 137. Nas penas do artigo precedente incorrerão:

§ 1.º Aquelle que incendiar objectos collocados em logar de onde seja facil a communicação do fogo aos edificios e construcções especificados, no mesmo artigo si acontecer que o incendio effectivamente se propague, e qualquer que seja a destruição causada;

§ 2.º Aquelle que destruir os mesmos edificios, ou construcções, por emprego de minas, torpedos, machinas ou instrumentos explosivos.

Art. 138. Si os edificios, ou construcções não forem habitados ou destinados para habitação, e não pertencerem ao autor do crime:

Penas — de prisão cellular por um a tres annos e multa de cinco a 20 % do damno causado.

Art. 139. Incendiar edificios, construcções, depositos, armazens, archivos, fortificações, arsenaes, embarcações ou navios pertencentes á Nação:

Penas — de prisão cellular por dous a seis annos, e multa de cinco a 20 % do damno causado.

Art. 140. Incendiar o proprio dono qualquer das cousas, precedentemente especificadas, com o proposito de crear um caso de responsabilidade contra terceiro, ou defraudar os direitos de alguem:

Penas — de prisão cellular por um a seis annos e multa de cinco a 20 % do valor do damno causado, ou que poderia causar.

Art. 141. Incendiar plantações, colheitas, lenha cortada, pastos, ou campos de fazenda de cultura, ou estabelecimentos de criação, mattas, ou florestas pertencentes a terceiros, ou á Nação:

Penas — de prisão cellular por um a tres annos e multa de cinco a 20 % do damno causado.

Art. 142. Causar a inundação da propriedade alheia, ou expol-a a esse, ou outro perigo, abrindo comportas, rompendo reprezas, açudes, aqueductos, ou destruindo diques ou qualquer obra de defesa commum:

Penas — de prisão cellular por um a tres annos e multa de cinco a 20 % do damno causado.

Art. 143. Accender fogos sobre escolhos, arrecifes, bancos de areia ou outros sitios perigosos que dominem o mar, fingindo pharóes, ou praticar outros artificios para enganar os navegantes e attrahir a naufragio qualquer embarcação:

Penas — de prisão cellular por dous a seis annos e multa de cinco a 20 % do damno causado.

Art. 144. Praticar em embarcação de qualquer natureza, propria ou alheia, em viagem ou em ancoradouro, qualquer abertura que possa produzir invasão de agua sufficiente para fazel-a submergir:

Penas — de prisão cellular por dous a seis annos e multa de cinco a 20 % do damno causado.

Paragrapho unico. O proprio dono não será isento das penas deste artigo sem provar que a embarcação já estava em condições de innavegabilidade e que do arrombamento por elle praticado não poderia resultar perigo commum ou prejuizo de terceiros.

Art. 145. Fazer abalroar embarcação, propria ou alheia, com outra em viagem, ou fazel-a varar ou ir a pique, procurando por qualquer destes meios naufragio:

Penas — de prisão cellular por dous a seis annos e multa de cinco a 20 % do damno causado.

Art. 146. Quando do incendio, ou de qualquer dos meios de destruição especificados nos differentes artigos deste capitulo resultar

a morte, ou lesão corporal, de alguma pessoa, que no momento do accidente se achar no logar, serão observadas as seguintes regras:

1.º No caso de morte — pena de prisão cellular por seis a quinze annos;

2.º No de alguma lesão corporal das especificadas no art. 304 — pena de prisão cellular por tres a sete annos.

Art. 147. O incendio de cousas, não comprehendidas neste capitulo, será regulado pelas disposições que se applicam ao damno.

Art. 148. Todo aquelle que, por imprudencia, negligencia ou imperícia na sua arte ou profissão, ou por inobservancia de disposições regulamentares, causar um incendio, ou qualquer dos accidentes de perigo commum mencionados nos artigos antecedentes, será punido com a pena de prisão cellular por um a seis mezes e multa de cinco a 20 % do damno causado.

Paragrapho unico. Si do incendio resultar a morte de alguem:

Pena — de prisão cellular por dous mezes a dous annos.

COMMENTARIO

55. Os artigos do texto são do 1º capitulo do cod. penal, mas do seu titulo III correspondente á este, porque não sabemos a que inexplicavel collocação se deve fazer figurar tal titulo antes dos crimes contra a liberdade e dos crimes contra a administração da justiça.

Este titulo 5º do nosso commentario exige considerações geraes sobre a materia para melhor intelligencia dos respectivos capitulos; sendo de notar que o estudo dos projectos de revisão do codigo deram lugar a polemicas, cujo conhecimento facilitará a intelligencia dos projectos e do mesmo codigo e a preferencia racional do melhor dentre todos neste mesmo titulo.

Assim justificando o projecto de 1893, ao mesmo tempo que expunhamos a doutrina sobre o assumpto, diziamos:

A epigraphe é bastante comprehensiva para abranger toda a materia dos capitulos deste titulo, que enumera os crimes chamados de *perigo commum* pelos allemães.

Os codigos da Hollanda e de Zurich os denominam crimes — que compromettem ou põem em perigo a segurança geral das pessoas e bens ou contra a segurança geral das pessoas e bens.

Mas o sentido etymologico do vocabulo *incolumidade*, que é portuguez de lei, embora pouco usado, deve fazel-o preferir, como foi no codigo italiano, attentas as razões especiaes que no respectivo parlamento se deu para a sua adopção e se póde ler no parecer da respectiva commissão da Camara dos Deputados. [1]

---

[1] Villa, RELAZIONE ETC. Roma 1888, pag. 215.

A palavra *incolumità*, incolumidade, diz Innocenzo Fanti, de que o legislador fez uso para dar o nome collectivo á toda esta vasta, e como veremos agora, multipla familia de delictos, é eminentemente comprehensiva.

E de facto com este vocabulo de significado tão geral abrange-se não só a *saude*, mas ainda a *tranquillidade* e a *segurança*, e segundo a fonte latina tambem a *integridade*.

Sob esta relação, pois, a formula do nosso é muito superior á de quasi todos os outros codigos. [1]

Entretanto não ha razão para usar das expressões — crimes de *perigo commum* — comprehendendo o incendio, inundação e semelhantes, como fez o mesmo codigo italiano e não a outros em geral deste titulo, como fazem, variando ligeiramente de phrase, os outros codigos acima citados. [2]

O notavel ante-projecto do Codigo Penal suisso destinado a unificar toda legislação respectiva da Confederação Helvetica intitula o capitulo geral da materia: «delictos contra a *segurança publica*». [3]

O nosso Codigo Penal, porém, epigrapha este titulo como — «dos crimes contra a *tranquillidade publica*» não obstante a opposição que á esta incabivel denominação lhe fazia a doutrina.

A propria noção geral de taes crimes protesta contra semelhante inscripção.

Assim, observa Pessina, que essa denominação não é adequada, porque o perigo ameaça, não a *tranquillidade*, mas a *segurança*.

A *segurança* é alguma cousa de *objectivo*, *a tranquillidade* é um facto *subjectivo*, sendo a consciencia de estar seguro; de modo que uma pessoa póde de facto estar segura contra qualquer perigo e entretanto por consciencia erronea, não considerando-se segura, não estar tranquilla; e ao contrario, uma outra pessoa póde erroneamente considerar-se segura contra qualquer perigo, ao passo que corre grave perigo, e entretanto apezar da segurança que lhe falta, vive tranquilla, graças ao erro e á ignorancia sobre a verdadeira condição em que se acha. [4]

Tambem não convimos com Garraud em agrupar o incendio com a inundação e a explosão sob a rubrica — « de crimes commettidos com o auxilio das forças da natureza».

---

[1] Innocenzo Fanti, no COMPLETO TRATTATO de Cogliolo, vol. 2º Part. I A, pag. 740.

[2] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS de 1893, pag. 12.

[3] VORENTWURF ZU EINEM SCHWEIZERISCHEN STRAFGESETZBUCH ETC., Berlin, 1896, pag. 84, cap. 9º, arts. 153-166.

[4] Pessina, ELEMENTI CIT. 2º vol. pag. 397.

Além do não comprehender só o que se quer incluir, daria em resultado confundil-os com outros que tivessem sido praticados com os mesmos meios, mas que podem não ter, ou nelles não predominar a caracteristica do *perigo* mas outro titulo *diverso* ou mais *grave*, como, por exemplo, o *damno*, o *homicidio*, etc.

E' um crime, cujo conteúdo é o ataque á *incolumidade*, isto é, á uma condição ou estado negativo, o de estar illeso, isento de qualquer perigo, eis toda sua essencia.

E Garraud mesmo considera o incendio consumado desde que ha a *apparição do perigo*. [1]

56. O nosso Codigo Penal, reincidio no defeito acima notado na sua fonte, isto é, de denominar os crimes do cap. 1º de *perigo commum* e não os outros do seu tit. III, ou deste titulo do commentario; e por isso os projectos de 1893 e 1897 denominaram por outra fórma o capitulo — *do fogo posto, inundação e outros* — sem alludir ao *perigo commum* que abrange todo o titulo.

Os projectos de 1896 e 1899 repetem o Codigo Penal.

O que fizemos logo naquelle projecto primitivo de 1893, foi de accordo com a propria phraseologia do direito portuguez, Orden. do Liv. 5º Tit. 86, adoptada na nossa Lei n. 3311 de 14 de outubro de 1886 que só pecca pela falta de uniformidade; além de que receiavamos por outro modo influir contra os proprios dispositivos do projecto. [2]

Conforme os criminalistas modernos não se trata neste titulo, nem de crimes contra a pessoa, nem de crimes contra a propriedade. [3]

Nos crimes de que aqui se trata, o interesse predominante a garantir é principalmente a vida e depois a integridade das pessoas, arriscadas pelos factos que os caracterisam.

O codigo hollandez na materia é um modelo de perfeição, unida á extrema concisão dos seus dispositivos que constituem as mais apuradas e completas syntheses, mostrando á evidencia a verdade daquelle conceito.

Mas este ultimo codigo nos poderá servir de modo absoluto para por elle exclusivamente modelarmos a revisão dos nossos, desde que as disposições delle na pratica, com o nosso systema detestavel do jury para julgar ladrões e assassinos, póde talvez comprometter os interesses da repressão, quando certos factos devem ser caracterisados, como con-

---

[1] Garraud, Obr. cit. vol. 5º pag. 574, n. 556.

[2] Pereira Souza, Classes de crimes cit. pag. 363; Jordão, Commentario ao codigo penal etc. Lisboa 1853-54, vol. 4º pag. 349; Silva Ferrão, Obr. cit. vol. 8º pag. 184.

[3] Garraud, Obr. cit. vol. 5º pag. 571.

stituindo já um perigo, sem deixar a apreciação deste perigo ao criterio exclusivo do jury? Não pensamos assim.

A preferencia de outras fontes inferiores á apontada e escolhida não obviaria o inconveniente que está radicado na instituição e seria uma originalidade absurda edictar disposições que impedissem a intervenção do jury em questões de facto que aliás o legislador não poderia prevenir com a solução legislativa para cada caso.

A nossa lei especial de 1886 pecca pela casuistica exagerada de que não escaparam os codigos allemão e de Zurich e outros, e até certo ponto o italiano.

O nosso novo codigo penal incorreu no mesmo defeito e tendo tido por fontes exclusivas esse ultimo codigo e a lei citada, comtudo apartando-se desta, consigna penas irrisorias para factos gravissimos nas configurações correspondentes.

Cingimo-nos á escala das penas da lei brazileira de 1886, em geral, sem a variedade dellas, porque estabelecendo penalidades severas, só as aggravamos para os casos de morte proveniente de taes factos. [1]

Justificando o nosso substitutivo de 1897 ao projecto de 1896, dissemos sobre o assumpto :

A nova redacção quasi não justifica a epigraphe do titulo, apezar de haver augmentado o numero de disposições do projecto seguindo o chamado systema casuistico. Em outra parte haviamos dito : [2]

« O titulo dos crimes contra a incolumidade publica parece confundir a noção scientifica e pratica de taes crimes com os de simples damnos, taes são as falhas das figuras e as penalidades irrisorias correspondentes aos factos.

« Está muito áquem da nossa lei de 1886, defeituosa por casuistica, mas ao menos rigorosa.

Quando,o anarchismo parece nos visitar é que devemos esperar que um homem seja morto por um engenho explosivo para condemnar o seu autor, si não tiver attenuante alguma, a 30 annos de prisão? » [3]

Tambem defendendo o projecto de 1893, ao qual fazia censuras o Parecer duma commissão especial do Instituto da Ordem dos Advogados do Rio de Janeiro, dissemos sobre estes pontos que estamos commentando:

Mas quando as notas deixam a rama dos assumptos para emmaranhar-se, tratando penetrar no cerrado das difficuldades, acontece o que se póde lêr na apreciação do titulo « dos crimes contra a incolumidade publica », em que

---

[1] Exposição de motivos de 1893, pags. 12 e 13.
[2] Idem de 1897, pag. 19.
[3] Revista *da Faculdade de Direito do Recife*, 1896, pag. 110.

não é menos estranhavel do que a affirmação cathegorica da illustre commissão parlamentar, a sufficiencia com que se tacha de incorrecto e deficiente o projecto primitivo para com toda serenidade concordar inscientemente com elle justamente no fim do mesmissimo periodo.

Para não repetir-me invoco a attenção dos competentes para «as exposições de motivos» do projecto primitivo e do ultimo substitutivo.

O cod. vigente neste titulo começou errado desde a epigraphe — de crimes contra a *tranquilidade* publica — em vez da estranhada *incolumidade* que é portugueza muito de lei, embora seja tambem italiano o *incolumità,* até o ultimo artigo.

Antes de tudo peiorou a nossa lei de 1886, bôa por ser rigorosa, pessima por ser casuistica.

O parecer illude-se supponlo que as formulas genericas do projecto não comprehendem os seus casos, e que estes comprehendem todos.

Tenho respondido no *Jornal,* em Revistas e publicações avulsas a censuras que não têm o merito da originalidade e para mim já se tornam monotonas. [1]

Das Revistas o Instituto dispõe dellas na sua bibliotheca. [2]

A illustre commissão parlamentar em defesa de seu projecto de 1896, convertido com emendas no de 1899, diz:

Conforme o parecer do illustre signatario do substitutivo, o prejecto *quasi* não justifica a epigraphe do titulo V.

Entretanto, bem ponderadas as cousas, em definitiva a Commissão *só* fez alterar a redacção do projecto primitivo. E si ali consignou, por acaso, *outras* figuras de crimes, é certo que nem assim ella incorreu na censura articulada.

Inquestionavelmente, a penalidade aceita é mais *branda* do que a do projecto primitivo; e tanto bastava para contrariar ao illustre autor de substitutivo, que é de um *rigorismo patente.*

Entretanto, dizia — com muita observação — Montesquieu: *qu'on examine la cause de tous les relachements, on verra qu'elle vient de l'impunité des crimes et non de la moderation des peines.* [3]

Do que repetimos, do que dissemos antes e depois do citado Parecer e do que de novo dissermos aqui sobre a materia reultará a doutrina a condemnar ou a preferir.

Nos crimes, cujas disposições ora commentamos, o interesse predominante a garantir é principalmente a vida e

---

[1] REVISTA *da Faculdade de Direito do Recife*, 1894, pag. 189, n. XIII.

[2] IDEM de 1897, pag. 17 — *A revisão do cod. penal.*

[3] PARECER cit. de 1898, pag. 11, 1ª col.

depois a integridade das pessoas arriscadas pelos factos que os caracterisão.

Mas, como demonstra Majno, em rigor taes crimes não podem ser classificados entre os que offendem a propriedade, porque attingem tambem as pessoas, nem entre os crimes contra estas, porque pela indole delles não são dirigidos contra pessoas determinadas.

Estes crimes têm o caracter proprio do *perigo* a que expõem as familias e as populações, acarretando como consequencia um alarma geral; o poder espansivo do damno que lhes é inherente, assim como os effeitos que se lhes podem seguir assumem as proporções duma calamidade, desastre ou infortunio publico. [1]

O *perigo* póde ser tanto das *pessoas*, como das *cousas*, não porque estas possam ser equiparadas áquellas, mas pela connexão d'umas com a actividade, situação e attitude das outras, na *habitação*, nos *transportes*, etc..., de modo que a vida ou a integridade pessoal podem periclitar com o *incendio* da casa, com os *damnos* no material das *estradas de ferro* ou factos semelhantes.

57. Depois de termos dito em geral sobre o titulo e seus capitulos, passemos ao primeiro destes.

E' sem duvida preferivel o systema dos projectos de 1893 e 1897 que seguiram o codigo hollandez, ao do codigo penal que nas disposições dos arts. 136 e 138, (melhoradas, mas ainda com o sentido restringido pelo projecto de 1899) faz derivar o perigo dos factos da habitação e semelhantes, isto é, de presumpções, defeito que Brusa nota no codigo allemão, comparando-o com o projecto em que se converteu o citado codigo hollandez.

No direito francez e mesmo no italiano inclusive o do ultimo codigo uno, figuram aquellas condições taxativas para caracterisar o *incendio*, mas é preferivel por mais simples o systema do codigo hollandez, sendo de notar que ha uma certa incongruencia em exigir taes requisitos no *incendio* de casas e edificios e não d'outras cousas ou objectos, como, por exemplo, os navios; e n'outros casos como na *inundação* e *submersão*.

O citado anteprojecto suisso do professor Carlos Stooss, revisto e modificado por uma commissão de criminalistas e outras autoridades competentes evitou taes presumpções [2].

Isto assignala um progresso porque essas presumpções figuram em codigos vigentes de muitos cantões, principal-

---

[1] Majno, Obr. cit. Part. II, art. 300, pag. 5; Berner, Trattato di Diritto Penale (trad. de Bertola) Milano, 1889, pag. 500.

[2] Worentwurf cit. arts. 153 e seguintes.

mente da Suissa romanda, como se póde verificar n'outra obra do mesmo Stooss [1].

O mesmo, porém, não se póde dizer do direito hespanhol que continúa a manter as presumpções [2].

Taes presumpções, tambem Boissonade procura justificar no direito *japonez* com a circumstancia da construcção das casas ser quasi que exclusivamente de madeira e a de serem tambem muito frequentes os ventos de violencia extraordinaria, importando qualquer incendio verdadeiras ruinas. [3].

Ainda justificando o projecto diziamos especialmente com referencia á materia do capitulo I que estamos commentando:

Pelo que acima ficou dito, o projecto adoptou um meio termo entre as sancções epigraphicas do codigo hollandez e a casuistica do allemão, italiano e zurichense.

Afastou-se, porém, das distincções minuciosas deste ultimo sobre o incendio doloso e procurou discriminar as diversas especies criminosas, o que não faz sempre o codigo allemão, attento ao seu systema na applicação da penalidade, que dá uma grande esphera de poder ao juiz na imposição da pena, estabelecendo muita vez sómente o maximo ou o minimo.

As disposições estão redigidas de modo que todas as especies subentendem — o perigo — pelo facto em si mesmo ou pelas circumstancias connexas.

No caso de simples damno regulará o capitulo respectivo do damno no titulo dos crimes contra a propriedade.

Pela redacção do primeiro artigo fica resolvida a questão do momento consummativo do incendio, que é o facto de — pôr fogo — e ao mesmo tempo a questão sobre a contiguidade do objecto a incendiar, desde que haverá incendio, sendo ateado no objecto em vista, ou em qualquer outro para attingir o designio criminoso [4].

Não obstante o systema do projecto, este foi censurado no Parecer da Faculdade de Direito de S. Paulo, ao qual offerecemos estas observações que visam restabelecer os termos da questão e resolver as duvidas suscitadas neste ponto:

A censura gasta muita tinta com o titulo dos crimes contra a *incolumidade* publica (pags. 37, 75 e 77) [5].

---

[1] Stooss, Die Schweizerischen Strafgesetzbücher, Basel und Genf, 1890, pags. 566 e 590.

[2] Pacheco, Obr. cit., 3º vol., pag. 399; Viada y Vilaseca, Obr. cit., vol. 3º, pag. 601; Ramón Rueda, Elementos de Derecho Penal, Santiago, 1891, 2º volume, pag. 310.

[3] Boissonade, Obr. cit., pag. 1183.

[4] Exposição cit. de 1893, pag. 13.

[5] Parecer publicado na « Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo», 1894.

Bastaria a *Exposição de motivos* (pags. 12 e 13) para respondel-a.

Antes de tudo, porém, si a epigraphe do titulo é o rotulo do *genero*, como havia o *Projecto* de marcar as *especies* com o mesmo rotulo, sem precisão, nem propriedade de termos e sacrificando monotonamente a tão decantada eurythmia do futuro codigo?

E' deploravel a critica neste ponto.

O *Projecto*, como falsamente se diz aqui, não traduziu codigo algum: as fontes do fundo das disposições estão indicadas na *Exposição de motivos*.

Seguindo a lei de 1886, quanto á penalidade, mais ou menos, mas não quanto á casuistica á franceza, rejeitou *in limine* a phraseologia polyforme da mesma lei.

Mas é simplesmente irrisorio que chame a cada passo insolitamente *traduttori traditori* quem diz que em italiano *appicare il fuoco* não significa *por fôgo!*

Si se trata de alambicar termos, a que vem traduzir a phrase por *produzir incendio* (pag. 76)?

O illustre censor cita o vulgarisado Diccionario de Ferrari & Caccia para provar o contrario do que estes dizem no trecho incompletamente transcripto (pag. 76 nota 68), já em um sentido mais complexo e não simples como o daquella phrase.

O illustre censor nunca acha difficuldades...

Vejamos o trecho citado pelo illustre censor: « fare incendio: (e não reticencia, o que é differente) in casa si era *appicato il fuoco, le feu* avait *pris* chez nous. » .

A estas phrases antecedem no Diccionario as seguintes: « *appicarsi il fuoco*, comunicarsi dal camino alla casa, fare incendio etc... »

Eu traduzo tudo assim, litteralmente: « *pegar fogo*, communicar-se do caminho á casa, haver incendio: em casa tinha pegado fogo, o fogo tinha pegado em nossa casa. »

Psychologicamente aqui o fogo é o agente e não o meio manejado pelo crime, o que confundio o illustre censor, traduzindo errado o italiano com sacrificio da grammatica geral. [1]

Quando a gente falla muitas linguas, embaraça-se a ponto de traduzir *fare incendio*, por « *produzir* (alguem) incendio. »

---

[1] Revendo as provas, vejo no estudo magistral de Said Ali a brilhante solução dos verbos sem sujeito — a que estão subordinadas as theses dos verbos impessoaes, da fórma existencial do verbo *haver* e do emprego do *se* nos verbos reflexivos. Esse estudo esplendido responde á critica dos pontos principaes do *Projecto* quanto á grammatica.

O illustre censor verá quem neste ponto está com as leis da linguistica. *Revista Brazileira*, tom. 1, 1895, pag. 39.

« *Appicare il fuoco*, dare fuoco, *mettre le feu* » — é *só* o que dizem, com applicação, Ferrari & Caccia, isto é, pôr fogo, applicar fogo, tocar ou pôr fogo.

Não faremos a injuria ao senado italiano e á commissão de revisão do codigo *unico* de não saber a propria lingua, preferindo o *appicare il fuoco*, ao *appicare l'incendio*, ao *chiunque incendia etc*.

O illustre censor cita a nossa lei de 1886, mas occulta que nos arts. 4 a 6 emprega ella as expressões *fogo posto* e *por fogo* repetidas vezes, começando o art. 5º por estas ultimas expressões!

E não cita elle o codigo portuguez em subtitulo ou secção, justamente como fez o *Projecto* em *capitulo?*

E é a lingua juridica portugueza de lei das suas instituições [1]

Aliás as expressões resolvem questões momentosas sobre os crimes de que se trata, o que não vio o illustre censor. [2]

Explicavamos assim a materia essencial deste cap. I. [3]

Entretanto a critica foi renovada ainda neste ponto pelo parecer da fallada commissão do Instituto dos Advogados, á qual respondemos :

Convém apurar, porém, a contradicção formal do parecer não presentida mesmo pelo seu illustre relator.

Diz o parecer que o projecto primitivo «é deficiente e incorrecto, a começar pela noção do crime de incendio, *que consiste em pôr fogo a qualquer cousa...*»

No final do mesmo periodo o parecer conclue assim : «o crime fica consumado *só* pela *communicação* do fogo, *qualquer* que seja o *resultado*, por minimo que seja o damno material, que é o que imprime á esta especie de crimes o caracter peculiar dos crimes *formaes*. »

Ora, o parecer censura e ao mesmo tempo concorda com a phraseologia censurada, precisamente porque *pôr fogo*, expressões do nosso direito positivo, inclusive a da lei de 1886, não sei porque polyforme nas expressões, quér dizer *communicar* fogo.

· Não ha que notar differença.

Entretanto o codigo vigente na opinião agora do parecer é que está errado, porque empregando uma só vez as expressões *accender fogos*, mas fingindo pharóes, emprega innumeras vezes o vocabulo *incendiar* em vez *de pôr fogo* que não emprega uma só vez. [4]

---

[1] Pereira e Souza. *Classes de crimes, etc...* Lisboa, 1816, pag. 363.
[2] Majno. Ob. cit. art. 300, II Part. pag., n. 2127.
[3] O PROJECTO DO COD. PEN. *e a Faculdade de S. Paulo.* Recife 1895, pag. 53. REVISTA CIT. de 1894, n. XIII, pag. 189.
[4] REVISTA CIT. de 1897, pag. 18— *A revisão do cod. pen.*

Innocenzo Fanti, na grande encyclopedia do direito penal italiano, fazendo a nomenclatura dos vocabulos nas varias legislações para exprimir o crime de que se trata diz — *incendio* na hespanhola, FOGO POSTO na *portugueza etc.* [1]

58. Effectivamente uma questão que tem dividido os criminalistas é a de saber qual é o momento consumativo de taes crimes, especialmente do de crime de incendio, comprehendido no texto dos artigos do codigo penal neste 1º capitulo.

O nosso codigo penal que compilou a lei de 1886 escolheu o peior vocabulo da phraseologia polyforme da lei, como é o *incendiar* para traduzir a figura do crime, ao contrario do que fizeram os projectos de 1893 e 1897 que empregam as expressões na epigraphe e no texto de *fogo posto, pôr fogo* empregadas aliás tambem pela nossa citada lei.

Ahi, porém, os projectos de 1896 e 1899 se referem a *incendio,* mantendo a linguagem do codigo penal.

Dada a condição de perigosas nas chammas pegadas, diz Carrara, sómente o tel-as excitado exhaure a consumação do crime; e *no pôr fogo* se acha quanto basta para infligir toda pena ordinaria.

Para dizer que ha *tentativa* é mister que o fogo não tenha ainda pegado os objectos que se queriam queimar.

O *incendio posto ou pegado* não é simples tentativa, mas admitte uma tentativa na phase precedente. [2].

Pela redacção dos projectos, de 1893, art. 235; e de 1897, art. 221, ao contrario do cod. pen. e dos projectos de 1896 e 1899, ficou resolvida a questão do momento consumativo do incendio, que é o facto de — *pôr fogo* — e ao mesmo tempo a questão de contiguidade do objecto a incendiar, desde que haverá incendio, sendo ateado no objecto em vista, ou em qualquer outro para attingir o designio criminoso, isto é, de modo directo ou immediato ou de modo indirecto ou mediato.

Dissemos em 1893 que no caso de simples damno regularia o capitulo respectivo do *damno* no titulo « dos crimes contra a propriedade » que no cod. pen. é o 1º do titulo XII.

Esta referencia e o systema dos projectos de 1896 e 1899 que não melhoraram o cod. pen. sob este especial ponto de vista, leva-nos a distinguir os crimes deste titulo III do cod. pen. doutros que se lhe possam assemelhar.

Assim para configurar o crime contra a *incolumidade* publica basta que a intenção do agente tivesse como ponto de mira os factos conceituados nas diversas especies deste titulo.

---

[1] Innocenzo Fanti, em Cogliolo, OBR. CIT. 2º vol. Parte I A, pag. 756.
[2] Carrara, PROGRAMMA CIT. Part. Spec. §§ 3081 a 3084, vol. 6º.

Não é mister que a intenção do agente mirasse tambem qualquer outra consequencia resultante do facto.

Assim, si a intenção do agente fosse v. g. *matar* com o *incendio* ou a *inundação*, servindo um ou outro de meio homicida, o crime seria naturalmente o de homicidio *qualificado* no art. 294 § 1º que inclue a circumstancia ou condição qualificativa do art. 39 § 3º.

Esta é a solução dos criminalistas. [1].

Por outro lado, o damno se distingue bem dos crimes de que aqui se trata, porque excluido o caso de fraude v. g. do que incendia a casa para haver o preço do seguro. especie do art. 140 do texto do codigo penal, não ha crime em destruir as cousas proprias, mas aquelle que commette um crime dos de que se trata neste titulo, é tão criminoso, incendiando as proprias cousas, como se incendiasse as alheias; art. 136 do texto do codigo penal.

Garraud considerando antes os *meios* de execução de taes crimes, para caracterisal-os, do que o *perigo* delles resultante, chega a confundir a propria materialidade *perigosa* delles, objecto deste titulo, com os *outros factos* a que elles podem servir de meios.

No direito *chinez* e no cod. *annamita* ha a confusão do homicidio, *consequencia* do incendio, com o homicidio tendo *como meio* procurado o incendio. [2].

Pois essa nota fiz ao projecto de 1893, convertido no de 1899 quando justificava o substitutivo de 1897, dizendo sobre este capitulo I:

Assim a casuistica do Capitulo I comprehende antes crimes de simples damno do que contra a incolumidade publica, além de consignar aggravantes bem duvidosas, e a figura de uma simples contravenção no art. 216. [3]

Não transcrevemos a resposta que dá o Parecer da commissão parlamentar para fazel-o adiante no cap. II, ao qual quasi exclusivamente ella se refere.

Entretanto ella é improcedente por tudo quanto temos dito até aqui.

59. Neste cap. o cod. pen. trata em primeiro lugar do crime de *incendio* a cujas principaes disposições já nos referimos, mas que elle comprehende nos arts. 136 a 141, 146 a 148.

O *incendio* não deve confundir-se, diz Pessina, com a simples destruição ou a simples deterioração duma cousa qualquer queimando-a; elle consiste em applicar o fogo de maneira a propagar-se em vastas proporções.

---

[1] Dr. Rivarola, Obr. cit. 2º vol. pag. 379.
[2] Philastre, LE CODE ANNAMITE, Paris, 1876, 2º. vol. pag. 563.
[3] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS de 1897, pag. 10.

Neste sentido pois devem ser entendidos os artigos citados do cod. pen., sendo escusado dizer que o crime não deixa de subsistir ainda que não tenha quasi consequencias prejudiciaes, como é expresso no art. 136.

Entretanto contra essa doutrina e os codigos, o projecto de 1899, na sua esquisita dicção define o incendio:

« Art. 213. *Destruir* no *todo* ou em *parte* ou *damnificar*, de *tal* sorte que inutilize para o *fim* a que se *destina* qualquer immovel publico ou particular por meio de *incendio* ou inundação.»

O incendio vasta e efficazmente apparelhado, mas extincto no começo poderá ficar impune! Depois o projecto define o crime de *destruição* por *meio* do incendio e não este, haja ou não destruição.

O incendio voluntario no seu elemento essencial é pôr fogo em objectos, nos quaes o fogo posto possa atear o incendio.

E' a hypothese do art. 136 com a lista ou rol dos objectos a que se refere.

No mesmo paragrapho o citado artigo consigna uma dirimente bem inconveniente facultando a destruição do que é proprio por meio do incendio.

Isto só em termos rigorosos que não são os deste paragrapho é permittido por algumas legislações.

Assim, diz Swinderen, para que um incendio seja punivel, conforme os arts. 157 e 158 do cod. hollandez, a circumstancia que o objecto do delicto pertence ou não ao culpado, não entra em linha de conta. Quando a segurança publica não é *ameaçada* dum perigo e que a intenção fraudulenta não existe, o incendio de objectos por seu proprietario não constitue um delicto. Mas quando se trata de um immovel e que o incendio tem lugar sem a permissão do burgo-mestre, o art. 428 é applicavel. [1]

No art. 137 § 1º o cod. prevê o incendio de cousas que pela sua contiguidade com outras póde passar a estas.

Tanto neste artigo como no anterior o codigo trata da especie de incendio — em casa ou edificio habitado.

No art. 138, ao contrario, trata doutra especie contraria — casa ou edificio não habitado, pelo que a pena naturalmente é menor.

Mas conforme seu systema de repetição, repete neste art. 138 a mesma ideia do paragrapho unico do art. 136 que não incrimina o dono que incendiar sua propriedade.

No art. 139, o codigo sem fazer distincção, pune como de incendio de habitação, edificios, navios, cousas e objectos pertencentes á nação, não só por esta circumstancia como porque alguns servem para defesa do Estado.

---

[1] Swinderen, Obr. cit. vol. 3º, pag. 157.

No art. 141, o codigo enumera outra especie de cousas que se pode reduzir á expressão de productos do solo, mas sem fazer a minima distincção, das que faz o codigo italiano que se refere a productos do solo ainda não destacados deste, ou a depositos de materias combustiveis, etc.

O codigo preferio especificar tudo.

60. Convem notar que as penas dos arts. 136, 137 e 139 são applicadas independentemente das consequencias mais graves que possam verificar-se e das quaes trata o codigo penal mais adiante nos arts. 146 e 148.

A hypothese do art. 140 é um crime contra a propriedade, em cujo titulo o codigo penal não o previo, como fizeram posteriormente os projectos de sua revisão.

O codigo penal, porém, o collocou aqui, o que lhe pareceu fazer o codigo italiano, quando neste titulo apenas faz uma referencia á especie para aggravar a pena.

Uma outra especie de crime deste capitulo que o codigo não destacou em artigo separado, mas incluio noutro é a hypothese prevista do § 2º de art. 137 sobre o emprego de *minas*, torpedos, machinas ou instrumentos *explosivos*.

Sempre a mina e a explosão forão igualadas ao incendio pelo perigo de desastres e ruinas que acarreta.

Assim independentemente de pôr fogo, as leis penaes têm incriminado como crime de perigo commum a adaptação das forças da natureza para a destruição de cousas de modo a poder produzir desastres.

E' o caso da explosão do ultimo artigo citado e tambem da *inundação* e congeneres, como especie prevista nas varias hypotheses dos arts. 142, 144 e 145 do texto do codigo penal.

Não obstante, porem, toda casuistica do codigo penal com o pessimo systema de exemplificações materiaes, elle não abrange todos os casos e alguns que podia abranger, os alludidos casos escapão, por defeito das formulas, á repressão.

Assim a especie de que se trata abrange a *inundação*, a *submersão* ou o *naufragio* ou a *rotura de diques* etc., discriminadas como o fizeram os projectos de 1893 e 1897, mas não os de 1895 e 1899 que nem tratam do ultimo caso.

Entretanto o codigo penal art. 142 para punir o ultimo caso que é uma hypothese independente e deve ser incriminado porque offerece *perigo*, exige a effectividade da inundação. Tal crime pois não é possivel pelo codigo penal sem verificar-se a inundação: *dura lex, sed lex*!

Ao contrario, nós neste ponto ainda no projecto de 1897 additamos alguma cousa ao de 1893, explicando-a assim:

O substitutivo faz uma ligeira alteração para comprehender um caso novo previsto no citado projecto suisso, qual

é o da destruição ou damnificação de obras de defesa ou protecção contra forças naturaes; reportando-se no mais estas observações á exposição de motivos do projecto [1].

A formula adoptada foi a seguinte:

« Art. 223. Destruir ou damnificar obras ou trabalhos de protecção contra as forças naturaes: Pena — etc.»

No art. 143 o cod. pen. prevê o emprego de falsos signaes que podem causar o naufragio, ainda que restrinja a formula,exigindo a intenção do agente de attrahir a naufragio (!) quando bastaria a possibilidade delle.

Mas o mais interessante ainda é que o Cod. Pen. neste artigo esqueceu a hypothese verosimil ou usual de falta, mudança, alteração de signaes e pharóes para exemplificar com a hypothese exquisita, rara, menos perigosa de accender fogos sobre escolhos, etc.

O art. 146 contempla as aggravantes para o caso de morte ou lesões graves.

O Cod. na penalidade é brando, incidindo no vicio opposto ao do projecto de 1899 sobre este ponto, conforme opportunamente veremos.

O art. 149 é uma referencia ao cap. dos crimes de *damno* no titulo dos relativos ou contra a propriedade, applicavel quando não o forem as disposições deste capitulo.

O art. 148 paragrapho unico trata dos crimes deste titulo commettidos por *culpa*.

As penas são irrisorias e iguaes ás da *culpa* em condições ordinarias e não de commum perigo como aqui.

O cod. pen. restringe até o sentido da disposição referindo-se ao damno causado.

Esqueceu um principio excepcional, estabelecido pela doutrina dominante na materia.

Em regra geral, diz Carrara commentando o art. 311 do Cod. Ital. parallelo ao art. 148 do nosso, os factos *culposos* quando não tenham acarretado damno, ou este sendo reparavel, tenha sido reparado, não podem dar logar á acção penal.

Em materia, porém, de incendios e inundações, sendo muito visinha e gravemente interessada a segurança geral da sociedade, não se podia dar adhesão á predita maxima sem incorrer em serios inconvenientes [2].

Quanto á jurisprudencia sobre este capitulo:

« O auto de corpo de delicto é fundamental no crime de *incendio*, sendo indispensavel para base do processo e applicação da multa *ad valorem* do damno causado (art. 136 do Cod. Penal.)

---

[1] Exposição de motivos de 1897, pag. 10.

[2] Carrara, Commento cit., art. 311, pag. 190; Vid. Pessina, Manuale cit. Parte sec., pag. 244; o mesmo, Il nuovo codice cit. art. 300, pag. 311.

O elemento do *perigo commum* é essencial ao crime de incendio (Cod. Pen., epigraphe do cap. I, tit. III, liv. II, paragrapho unico, *in fine*, do art. 136).

E' grave incorrecção no despacho de pronuncia não discriminar a responsabilidade criminal dos réos, pronunciando-os indistinctamente, como responsaveis solidarios, como autores mandantes e mandatarios. » (Acc. do Supr. Trib. Federal de 18 de maio de 1898 — O DIREITO, vol. 76, pag. 426.)

CAPITULO II

DOS CRIMES CONTRA OS MEIOS DE TRANSPORTE E COMMUNICAÇÃO

CODIGO

Art. 149. Damnificar ou desarranjar qualquer parte de estrada de ferro, machinas, vehiculos, instrumentos o apparelhos que sirvam ao seu funccionamento; collocar sobre o leito ou trilhos um obstaculo qualquer que embarace a circulação do trem, ou o faça descarrilhar; abrir ou fechar as chaves de desvio ou communicação; fazer signaes falsos, ou praticar qualquer acto de que resulte ou possa resultar desastre :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno e multa de cinco a 20 °/₀ do damno causado.

§ 1.º Si o desastre acontecer :

Pena — de prisão cellular por um a tres annos, e a mesma multa.

§ 2.º Si do desastre resultar a morte de alguem — pena de prisão cellular por seis a 15 annos.

§ 3.º Si alguma lesão corporal das especificadas no art. 304 — pena de prisão cellular por tres a sete annos.

Art. 150. Nas mesmas penas, e guardadas as mesmas distincções, incorrerá aquelle que arremessar projectis, ou corpos contundentes contra um comboio de passageiros em movimento.

Art. 151. Todo aquelle que por imprudencia, negligencia, impericia, inobservancia de regulamento, ordem ou disciplina, for causa de um desastre em estrada de ferro:

Pena — de prisão cellular por um a seis mezes.

Paragrapho unico. Si do desastre resultar a alguem morte:

Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

Art. 152. Destruir ou damnificar qualquer parte de estrada ou via de communicação de uso publico, obstando ou interrompendo o transito por ella; remover ou inutilisar os objectos destinados a garantir a sua segurança:

Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

Art. 153. Damnificar as linhas telegraphicas da Nação ou dos Estados; derribar postes, cortar fios, quebrar isoladores, cortar ou arrancar madeiras plantadas, ou reservadas para o serviço das linhas, e em geral causar, por qualquer modo, damno aos respectivos apparelhos :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos e multa de cinco a 20 °/₀ do damno causado.

§ 1.º Si os actos precedentemente mencionados forem praticados por descuido ou negligencia:

Pena — de prisão cellular por cinco a 30 dias.

§ 2.º Si delles resultar interrupção intencional do serviço do telegrapho:

Pena — de prisão cellular por um a tres annos, e a mesma multa.

§ 3.º Si a interrupção do serviço for causada, em caso de commoção intestina, ou guerra externa, nas linhas por onde tenham de ser transmittidas as ordens e communicações das autoridades legitimas:

Penas — de prisão cellular por dous a quatro annos, e a mesma multa.

Art. 154. Nas mesmas penas incorrerá aquelle que perturbar a transmissão dos telegrammas, ou interceptal-os, por meio de derivação estabelecida por fio preso ao fio do telegrapho.

Art. 155. Para os effeitos da lei penal são equiparados aos telegraphos os telephones de propriedade da Nação, ou dos Estados, ou destinados ao serviço publico.

COMMENTARIO

61. Neste cap. II do tit. III o Cod. Pen. trata dos factos comprehendidos nos artigos do texto com uma epigraphe quasi igual á nossa.

Tratando de explicar a materia, recordamos a justificação deste capitulo no projecto de 1893:

Quanto ás estradas de ferro, o damno do material é previsto, porque os effeitos delle podem acarretar um perigo para a segurança do respectivo trafego e assim de modo especial neste titulo deve ser o mesmo damno attendido, como fez o codigo allemão, mas não englobado com os casos em que o perigo é evidente, que o codigo italiano separou, equiparando sómente áquelle o de arremessar projectis sobre os comboios.

O projecto neste ponto usa das expressões que fizeram dizer a Wintgens que o legislador hollandez empregou aqui uma expressão geral para proteger não sómente os comboios dos caminhos de ferro, como tambem as locomotivas andando sós. [1]

O projecto comprehende até os trolys. [2]

Entretanto, Brusa é aqui de parecer diverso, salvo lapso ou erro de impressão. [3]

Vamos lembrar tambem o que disse a commissão parlamentar em 1898 para justificar o seu projecto de 1896 approvado em 1899 sobre o capitulo anterior e o seguinte

---

[1] Wintgens, Code Pénal des Pays Bas, Paris 1883, pag. 44, not. 1.

[2] Exposição de motivos de 1893, pag. 13.

[3] Brusa, L'ultimo Projetto di codice penale ollandese in Bologna, 1878, pag. 66.

deste titulo, ao qual o mesmo projecto addicionou mais um com disposições communs aos outros tres.

Diz o alludido parecer:

« Ninguem dirá — que a figura do crime, definido no art. 216 do projecto, seja a de uma simples contravenção.

O art. 217 se refere á destruição ou damno, de modo a *inutilizar qualquer meio de communicação ou transporte*, cousa por certo differente de *occultar, destruir ou inutilizar material, obra, apparelho ou qualquer instrumento destinado a garantir a segurança da linha de transporte ou communicação*, de que se occupa o art. 230. Portanto, é descabida a extranheza, que se diz suggerida pela differença da penalidade, quando está se vendo serem tambem differentes as respectivas hypotheses.

Bastará ler o disposto no art. 221, paragrapho unico, e no art. 229 do projecto, para logo se concluir — que um não é repetição do outro. Effectivamente, a disposição do art. 229 é generica, se refere á *qualquer via de communicação ou transporte;* ao passo que a disposição do art. 221, paragrapho unico, é restricta ás *embarcações*. [1]

Essas observações tendo sido oppostas a outras nossas, as reproduziremos não só para que os competentes as julguem por si mesmos, como porque hão de concorrer para melhor intelligencia do Codigo Penal e dos projectos de sua revisão.

Já nos referimos ao capitulo I. Sobre os outros dissemos:

O mesmo se póde dizer do Cap. II, em que o art. 217 é repetido no art. 230, que contém penalidade differente daquelle; succedendo o mesmo não quanto á penalidade, que é a mesma, mas quanto á repetição do mesmo conceito nos arts. 221, paragrapho unico, e 229.

Não ha proporcionalidade nas penas, porque se pune com prisão por um a tres annos a quem fizer descarrilhar um trem, e com tres a nove annos a quem embaraçar a expedição de um telegramma em tempo de commoção intestina.

No Cap. III figuram disposições mais proprias das leis ou regulamentos especiaes, mais da competencia legislativa do Estado ou municipio do que da União.

Nem no Cap. IV sobresahe o caracter predominante dos crimes deste titulo, porque apenas se nota no art. 231 a aggravação da penalidade no caso de morte da victima ou victimas.

Mas neste caso imposta a maior penalidade, qual fica reservada para o homicidio, qualificado justamente pelo

---

[1] Parecer cit. de 1893, pag. 11.

uso dos meios previstos neste titulo? A mesma, diz o art. 293 § 2º n. II.

Na confecção do projecto do Cod. penal suisso, a commissão tinha previsto a reclusão perpetua para o caso em que uma pessoa tivesse perecido ou recebido lesões graves na explosão.

Mas essa pena sendo applicavel ao homicidio intencional commettido por meio de explosivos (art. 52), aquella decisão não póde ser mantida. [1]

Nestas condições o substitutivo restabelece o projecto mais simples e mais comprehensivo e que attinge os factos caracterisados de perigo commum ou pela propria natureza delles ou pelas circumstancias ou pelas consequencias verificadas, extremando-os quer dos de simples damno sem perigo concomitante, quer de outros produzidos intencionalmente por meios perigosos com objectivo certo.

O mais de que cogita a casuistica do projecto, ficará subordinado ás regras geraes do direito penal, isto é, ás normas communs do codigo, sem necessidade de disposições especiaes. [2]

O nosso Cod. criminal anterior que não tinha titulo algum semelhante a este, muito menos poderia ter a materia deste Cap. II.

Trata-se de crimes novos a que deram origem a invenção do vapor e a das applicações da electricidade aos meios de transporte e communicação.

Generalisando a phrase de Armisoglio, poderiamos dizer que ambos, o vapor e a electricidade nas suas prodigiosas manifestações, podem ser ao mesmo tempo poderosos factores de vida e tremendos agentes de morte. [3]

Conseguintemente, esta parte do direito penal tendo historia relativamente recente, não se póde valer do direito romano, nem da jurisprudencia, sendo de notar que o primeiro codigo penal que se occupa do assumpto, aliás bem extensamente, é o codigo do cantão suisso da Turgovia que serviu quasi que de modelo e de prototypo aos codigos de Glaris, Lucerna e Genebra e tambem ao germanico e ao romaico e mesmo a algum outro dos mais reputados.

Neste ponto póde-se ver a historia dos codigos e projectos em obra que temos citado, sendo de Innocenzo Fanti a collaboração desta parte [4].

A classe de crimes contemplada neste capitulo foi collocada por alguns, preoccupados unicamente com o damno do material, na categoria de crimes contra a propriedade.

---

[1] Vorentwurf cit. art. 155, nota 1.
[2] Exposição de motivos de 1897, pag. 10.
[3] Armisoglio Gli Impianti Elettrici, Torino, 1889, introduzione, VI.
[4] Cogliolo, Obr, cit. vol. 2º, parte I, A, pag. 866.

O ultimo projecto italiano de 1883 seguido neste ponto pelo voto concorde dos jurisconsultos Savelli e Pessina, os collocou, na expressão de Carrara, com maior elevação de conceito e com mais logica neste logar destinado ás infracções contra a incolumidade publica. Para esta collocação contribuiu a quantidade *indeterminada* do damno que póde derivar dos estragos ou destruições criminosas ou attentados contra os serviços ferro-viarios ou telegraphicos, quer pelo numero de pessoas que por causa desses factos podem comprometter a vida, quer pelos ingentes valores que podem perder-se, quer, emfim, pela grave commoção e alarma que semelhantes factos engendrão no publico. [1]

62. Além do que temos dito com refenrencia á materia do codigo penal e dos projectos de sua revisão, quanto a este capitulo, em geral, vamos apreciar particularmente os respectivos artigos do texto.

O Cod. penal não define o que é uma estrada de ferro, de modo que as suas disposições poderão deixar impunes os sinistros produzidos pelos factos occorridos, v. g , nas linhas de um *tramway* electrico, na réde ferrea de uma usina de fabricar assucar, etc., parecendo que só se refere á estrada de ferro ordinaria, commum.

Os projectos de 1893 e 1897 suppriram a lacuna, mas os de 1896 e 1899 a deixaram de novo aberta, como outras que já notamos e veremos ainda depois.

A mesma observação tem logar, sendo maior a lacuna sobre telegraphos e telephonos, onde, os projectos de 1896 e 1899 só cogitaram de exaggerar a pena do embaraço de um telegramma em occasião de revolta.

O Cod. Pen. é aqui menos omisso, embora não defina nada e não alluda ao telephono, sinão no art. 155, para equiparal-o aos telegraphos.

Ha varias especies do crime de que se trata neste capitulo.

A primeira especie é o *damno voluntario* previsto no art. 149.

Esta especie comprehende duas hypotheses:

Uma da damnificação que *faz surgir o perigo de um desastre,* que o Cod. Pen. no mesmo art. 149 conceitúa por varias formas.

Esta primeira figura póde-se manifestar por dous aspectos, um dos quaes é que o facto *se limite ao perigo simples de um desastre* previsto no mesmo art. 149 principio ; o outro aspecto ou forma é que o *desastre se verifique,* caso em que a pena é maior e está prevista no paragrapho 1º do art. 149.

---

[1] Carrara, COMMENTO CIT., art. 312, pag. 181.

Note-se, entre parentheses, que a redacção do art. 149 é de tal ordem que esses dous aspectos, aliás da doutrina e do Cod. Ital., fonte do codigo, este confunde e separa ao mesmo tempo.

Sépara, tratando de um no art. 149, principio, e do outro no § 1º; mas confunde, porque ali diz: « qualquer acto *de que resulte* ou possa resultar *desastre* ao mesmo tempo que no § 1º diz: si o desastre *acontecer!*

Os projectos de 1896 e 1899, quer neste capitulo, quer no das suas disposições communs, nada teem que se pareça com essas formas typicas dos crimes de que se trata, salva a do perigo de desastre sem mais modalidade; não obstante os projectos anteriores de 1893 e 1897, art. 225, terem provido com formula bem generica no caso, a exemplo do codigo hollandez, art. 164.

Os §§ 3º e 4º do art. 149 aggravam as penas no caso de morte ou lesões pessoaes.

A outra hypothese, a segunda, é a de simples deterioração de cousas sem proposito micidial. Consiste em damnificar uma via ferrea, locomotivas, vehiculos, machinas, apparelhos que servem ao trafego; ou arremessar projectis ou quaesquer corpos contundentes sobre os comboios em movimento.

Ambas estas formas desta segunda hypothese estão previstas nos projectos de 1893 e 1897, art. 225.

Os outros projectos, o de 1899, art. 219, comprehendem a ultima fórma sómente na disposição em que trata da figura differente do perigo de desastre, punindo com a mesma pena e sem a modalidade da realidade do desastre.

Quanto á outra fórma da damnificação, ella está substituida pela destruição que inutilise as cousas para o fim a que se destinam ou chegue a interromper o serviço, o que numa estrada, mesmo de ordem inferior, importa numa *devastação*.

O Cod. Pen. no art. 150 comprehende a ultima fórma; sobre a outra silencia, talvez suppondo que estava o caso comprehendido no art. 152, mas não está, como veremos.

A segunda especie de crimes deste genero é a *damnificação culposa de vias ferreas*, que o Cod. Pen. art. 151, do texto, prevê. O projecto de 1899, art. 233, pune o facto previsto com rigorismo excessivo sem nenhuma proporção com outros crimes dolosos do titulo.

Os projectos de 1893 e 1897, art. 232, guardaram na penalidade um meio termo entre estes factos *culposos* e os outros communs.

A terceira especie consiste em damnificar machinas, apparelhos ou fios telegraphicos ou causar a dispersão das correntes ou por qualquer modo interromper o serviço dos telegraphos.

E' a especie prevista no art. 153 e §§ e 154 do Cod. Pen. que estabelece diversas modalidades e pune mesmo o facto causado por *culpa*.

Os projectos de 1893 e 1897 previam a especie dolosa, estabelecendo-se nelles disposição geral para os factos *culposos* do titulo. Si o projecto de 1899 prevê a especie, é de modo muito vago nos arts. 217 e 218 que só punem a destruição inutilisando para o fim a que é destinada a cousa, ou interrompendo o serviço. Não se falla de telegrapho nem de teléphono.

A quarta e ultima especie é a prevista nos projectos de 1893 e 1897, art. 224, a exemplo do Cod. hollandez, art. 162, e que consiste em destruir, inutilisar ou damnificar a obra que sirva á communicação publica, interceptar via publica, terrestre ou fluvial, ou frustrar as providencias relativas á segurança das mesmas. Sem esta formula tão comprehensiva, sem as modalidades dos projectos e a penalidade graduada, o Cod. Pen. no art. 152 prevê a especie.

Os projectos de 1896 e 1899, arts. 217 e 218 parecem incluir a especie, mas não se sabe em qual das formulas dos dous artigos está a norma geral e em qual a especial sobre vias ferreas.

Entretanto, referindo-se ao art. 317 da Cod. italiano, parallelo do nosso, diz Carrara que é evidente que elle não será applicado ás destruições das ferro-vias, ás quaes provê o art. 313, que o nosso codigo omittio.

O legislador nesta disposição não se limitou a contemplar a eventualidade de um damno real, mas estendeu a sancção tambem ao simples perigo para a vida das pessoas. Tal extensão é devida á natureza especial do facto e á necessidade imperiosa de tutellar a liberdade do trafego commercial e a segurança das pessoas. Os citados projectos attenderam a isso, tendo aliás como fonte o Cod. hollandez; mas o nosso Cod. Pen. art. 152 não o fez e nesta unica disposição confundiu tambem como os projectos de 1896 e 1899 ambas as normas, a geral e a especial.

CAPITULO III

DOS CRIMES CONTRA A SAUDE PUBLICA

CODIGO

Art. 156. Exercer a medicina em qualquer dos seus ramos, a arte dentaria ou a pharmacia; praticar a homœopthia, a dosimetria, o hypnotismo ou magnetismo animal, sem estar habilitado segundo as leis e regulamentos:

Penas — de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100$ a 500$000.

Paragrapho unico. Pelos abusos commettidos no exercicio illegal da medicina em geral, os seus autores soffrerão, além das penas estabelecidas, as que forem impostas aos crimes a que derem causa.

Art. 157. Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilegios, usar de talismans e cartomancias para despertar sentimentos de odio ou amor, inculcar curas de molestias curaveis ou incuravies, emfim, para fascinar e subjugar a credulidade publica :

Penas — de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100$ a 500$000.

§ 1.º Si por influencia, ou em consequencia de qualquer destes meios, resultar ao paciente privação, ou alteração temporaria ou permanente, das faculdades psychicas :

Penas — de prisão cellular por um a seis annos e multa de 200$ a 500$000.

§ 2.º Em igual pena, e mais na de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação, incorrera o medico que directamente praticar qualquer dos actos acima referidos, ou assumir a responsabilidade delles.

Art. 158. Ministrar ou simplesmente prescrever, como meio curativo para uso interno, ou externo, e sob qualquer fórma preparada, substancia de qualquer dos reinos da natureza, fazendo ou exercendo assim o officio do denominado *curandeiro* :

Penas — de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100$ a 500$000.

Paragrapho unico. Si do emprego de qualquer substancia resultar á pessoa privação, ou alteração temporaria ou permanente de suas faculdades psychicas ou funcções physiologicas, deformidade, ou inhabilitação do exercicio de orgão ou apparelho organico, ou, em summa, alguma enfermidade :

Penas — de prisão cellular por um a seis annos e multa de 200$ a 500$000.

Si resultar a morte :

Pena — de prisão cellular por 6 a 24 annos.

Art. 159. Expôr á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorisação e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios :

Pena — de multa de 200$ a 500$000.

Art. 160. Substituir, o pharmaceutico ou boticario, um medicamento por outro, alterar o receituario do facultativo, ou empregar medicamentos alterados :

Penas — de multa de 100$ a 200$ e de privação do exercicio da profissão por seis mezes a um anno.

§ 1.º Si por qualquer destes actos for compromettida a saude da pessoa :

Pena — de prisão cellular por quinze dias a seis mezes, multa de 200$ a 500$ e privação do exercicio da profissão por um a dous annos.

§ 2.º Si de qualquer delles resultar morte :

Penas — de prisão cellular por dous mezes a dous annos, multa de 500$ a 1:000$ e privação do exercicio da profissão.

§ 3.º Si qualquer destes factos fôr praticado, não por imprudencia, negligencia ou impericia na propria arte, e sim com vontade criminosa :

Penas — as mesmas impostas ao crime que resultar do facto praticado.

Art. 161. Envenenar fontes publicas ou particulares, tanques ou viveiros de peixes, e viveres destinados a consumo publico :

Penas — de prisão cellular por dous a seis annos.

Si do envenenamento resultar morte de alguma pessoa :

Pena — de prisão cellular por seis a quinze annos.

Art. 162. Corromper, ou conspurcar, a agua potavel de uso commum ou particular, tornando-a impossivel de beber ou nociva á saude :

Pena — de prisão cellular por um a tres annos.

Art. 163. Alterar, ou falsificar substancias destinadas á publica alimentação ; alimentos e bebidas :

Penas — de prisão cellular por tres mezes a um anno e multa de 100$ a 200$000.

Art. 164. Expôr á venda substancias alimenticias, alteradas ou falsificadas :

Penas — as mesmas do artigo antecedente.

Paragrapho unico. Si de qualquer destes factos resultar perigo para vida, ou morte da pessoa :

Pena — a imposta ao crime que do facto resultar.

COMMENTARIO

633. Divergindo muito os arts. do texto do codigo penal dos projectos de 1893 e 1897, consignaremos logo aqui as observações com que respondemos ao citado Parecer da commissão especial do Instituto dos Advogados :

Ainda neste titulo, em outros capitulos, como o relativo *á saude publica*, o parecer notou que o projecto primitivo de 1893 é mais deficiente do que o substitutivo de 1896.

Das explicações que se seguem no parecer vê-se que os nossos pontos de vista são muito differentes.

O projecto não podia seguir como modelo o codigo vigente, que em algumas partes parece mais uma collecção de regulamentos do que um codigo penal.

O parecer pretende que um projecto de codigo resolva todas as duvidas que possam embaraçar o juiz diante das invenções da rabulice.

O projecto se limitou ás figuras essenciaes.

E trata-se de um assumpto hoje, que a Republica está organisada, mais da esphera da competencia legislativa e regulamentar do Estado e do Municipio do que da União.

Entretanto é bom não lançar á conta de supposta ignorancia dos outros o que nós mesmos não percebemos.

O projecto, além daquella razão, para não ir adiante, teve como fonte preferivel o cod. hollandez, art. 174, que do mesmo modo que o allemão, § 324, contém menos do que o projecto ; além de ser muito facil explicar o sentido da disposição questionada, desde que se attender que aqui se trata só e exclusivamente de factos punidos como crimes contrarios á incolumidade publica.

Factos parecidos, mas não identicos, pertencem, ora ao titulo de crimes contra a pessoa, ora ao titulo de crimes contra a propriedade, conforme o agente pelos meios aqui previstos tem como objectivo o homicidio ou as lesões pessoaes, ou por fim simplesmente a destruição ou o damno da propriedade.

Disposições sobre feiticeiros não são dignas de figurar em um codigo no crepusculo do seculo XIX. [1]

Já nos referimos á critica identica feita ao projecto de 1896 sobre este cap. que o de 1899 não alterou.

Este cap. encerra uma classe menos grave de crimes contra a incolumidade publica, mas talvez mais facil e mais frequente em realizar-se.

E' a ultima categoria dos crimes de damno e perigo commum esta que se refere á saude e alimentação publica; se subdividindo em varias especies principaes, e não em rosario de injuncções, como fez o cod. pen. incluindo feiticeiros e curandeiros, que devem ser objecto de disposições de leis mais modestas ou incidirem no direito commum, ao menos em homenagem á nossa cultura juridica.

Passemos ás differentes especies, sem a ordem dos artigos do texto, pois que o cod. pen., como sempre, nenhuma nelles guardou.

A mais grave das especies, na opinião de Pessina, é a figura dos projectos de 1893 e 1897, isto é, o facto de lançar em poço, fonte, bomba ou aqueducto, de uso geral ou commum de outros ou com outros, qualquer substancia que tórne a agua perigosa á vida ou á saude de outrem.

O projecto de 1899, art. 223 reproduz a disposição.

Sobre a disposição parallela do cod. hollandez, arts. 172 e 173, diz Brusa, que estes artigos não juntam, como faz o cod. allemão, § 322, o envenenamento dos poços com os objectos venaes etc., o primeiro facto não tem como movel ordinario o lucro, como o segundo, no qual, ao contrario, o agente é tambem as mais das vezes o proprietario dos objectos envenenados. *Uso commum de outros ou com outros*; para a punição é realmente indifferente que o uso pertença ao agente mesmo.

E' a especie do nosso cod. pen. arts. 161 e 162 do texto deste capitulo.

A outra especie está tambem prevista nos projectos de 1893 e 1897, art. 230 e projectos de 1896 e 1899, arts. 224 e 226 e consiste em expôr á venda, subministrar ou distribuir quaesquer substancias ou mercadorias perigosas para a vida ou saude, calando essa qualidade dellas. Pessina acha menos grave que a especie anterior.

---

[1] Revista Academica cit., 1897, pag. 18.

Ainda Brusa observa, sobre os arts. 174 e 175 do cod. hollandez, fonte dos projectos de 1893 e 1897, que a punibilidade funda-se no perigo proprio da substancia *misturada* e não no *producto* obtido. E' esta uma necessidade, si se quer tirar proveito das disciplinas repressivas, porque d'outro modo pelas difficuldades praticas não se tiraria nenhum. Entretanto, em casos rarissimos, si se provasse que o producto era innoxio, não haverá que receiar um processo, ou o juiz, graças á latitude da pena que lhe é concedida, fará justiça sufficiente, applicando as penas da falsificação, sem necessidade de levar em conta o elemento do perigo para a saude. [1]

O nosso cod. pen. arts. 159, 160, 163 e 164 do texto comprehende a especie; mas, além de muito casuistico, a envolve com sancções relativas ao abuso da arte pharmaceutica, objecto que deve ser de leis e regulamentos especiaes.

Tambem, talvez pela variedade de normas que adoptou, o cod. pen. não deixa a latitude da pena ao juiz para adaptal-a á pratica dos casos occurrentes; o que tambem não observaram os projectos de 1896 e 1899, ao contrario dos de 1893 e 1897.

Carrara, tambem commentando disposições parallelas do cod. italiano, faz observações adequadas á interpretação da nossa lei penal neste ponto.

O artigo em exame contempla o caso da corrupção ou envenenamento d'aguas potaveis e das cousas destinadas á alimentação publica. Desde que se trata de envenenamento, a cousa é facil, porque, quer nas relações subjectivas, quer nas objectivas, a prova do crime emerge espontaneamente do facto mesmo. Em materia, porém, de corrupção, as cousas apresentam-se mais difficilmente.

Antes de tudo, nem toda corrupção póde fazer objecto de acção penal contemplada na presente disposição, porque, para que esta seja applicavel, é necessario que a alteração dolosa seja tal de pôr em perigo a vida ou a saude das pessoas. Portanto, a accusação, promovendo a punição destes crimes, deve levar em conta a indole perigosa e nociva da materia usada e das proporções da mesma.

Medir, pois, pela mesma bitola o corruptor, como o envenenador de aguas póde parecer á primeira vista uma injustiça. Mas tal conceito desapparece logo, desde que se reflicta na analogia entre os dous factos contemplados e ao elemento reclamado pela lei, isto é, que cada uma das duas ditas modalidades contenha em si o perigo da vida ou da saude das pessoas.

---

[1] Brusa, L'ULTIMO PROGETTO CIT., pag. 72.

A latitude, além disto, deixada ao juiz na applicação da pena, torna esta susceptivel de opportunidade, tanto para os casos graves, como para aquelles de menos importancia.

Não é estranha, ao valor igual attribuido ás duas palavras, a consideração das graves difficuldades que reclama a distincção, si uma agua foi sómente corrompida nas proporções queridas pela lei ou envenenada. [1]

Nos arts. 156 a 158 o codigo penal nas disposições do texto prevê o abuso do exercicio, illegal, da medicina e artes congeneres, a que elle additou, além do hypnotismo e magnetismo, o espiritismo, assim como todas as feitiçarias imaginaveis.

Os projectos de 1893 e 1897, art. 231, e paragrapho unico, se limitaram a duas formulas geraes contidas n'uma unica disposição, seguidas nisto pelos de 1896 e 1899, arts. 225 e 228.

64. Tanto as disposições do codigo penal como as dos projectos posteriores para sua revisão, em geral, não suscitam duvidas para a sua applicação, quanto á figura essencial do exercicio illegal da medicina, arte dentaria, pharmaceutica, etc.

Tem-se suscitado, porém, na pratica, a questão de saber, si a Constituição Federal, declarando no art. 72 § 24, que « é garantido *o livre exercicio* de qualquer profissão moral, intellectual e industrial », qualquer póde exercer a medicina sem as condições, que a lei exige, de idoneidade ou pericia sob a comminação de penas.

A questão para nós é simples, porque os defensores da liberdade *profissional*, absoluta, não respondem ao argumento por absurdo.

Si a liberdade *industrial*, tambem declarada, deve ser, como aquella garantida, por que restringir o exercicio della a bem da hygiene e da segurança das pessoas e das propriedades ?

Todos curem, todos advoguem, mas tambem qualquer industrial tenha o direito de installar sua usina insalubre ou perigosa nos centros populosos das nossas grandes cidades, *v. g.* uma fabrica de explosivos na rua do Ouvidor, da Capital Federal.

Não ha que estabelecer differença, porque pelo menos até agora todos os codigos consideram de manejo perigoso sob comminações penaes, tanto o exercicio da medicina e pharmacia, como o fabrico de explosivos.

Entretanto, a questão tem sido muito debatida na doutrina e na jurisprudencia, entre nós prevalecendo a vigencia dos artigos do texto penal neste capitulo, em face da citada

---

[1] Carrara, Commento cit. art., 318, pag. 192.

disposição constitucional, interpretada com as suas fontes e na sua discussão por notaveis magistrados.

Citaremos apenas a summa de alguns arestos e a fonte em que os alludidos actos, isto é, accordãos, promoções, contraminutas, etc., podem ser lidos.

« O art. 72 § 24 da Constituição da Republica não consagra uma doutrina tão absoluta que dispense a prova de capacidade especial para o *exercicio de qualquer* profissão.»

« Assim continúa em vigor o art. 156 do codigo penal »: Accordão do Superior Tribunal de Justiça, *Maranhão*, de 14 de outubro 1898.

No mesmo sentido : *Contraminuta* do Desembargador Lima Drummond, 11 de julho de 1895.

« Não havendo autagonismo entre o art. 72 § 24 da Constituição e arts. 156 e 158 do codigo penal e outras leis e decretos (lei n. 494 de 28 de julho de 1898, decretos ns. 518 de 5 de setembro 1891, 1482 de 24 de janeiro 1893 e n 3014 de 26 de setembro 1898), o que só se caracterisaria, si a Constituição declarasse independer de habilitação o exercicio das profissões liberaes, e as leis e decretos exigissem taes habilitações ou punissem o exercicio das profissões sem estas, é consequente que as mencionadas leis e decretos não podem ser declaradas pelo poder judiciario inconstitucionaes : Acrdão do Tribunal Civil e Criminal de 31 de agosto de 1899 (*relator*, presidente Muniz Barreto.

No mesmo sentido :

Promoção do Dr. Gabriel Ferreira, Sub-Procurador Geral no Districto Federal [1].

« A simples pratica do *espiritismo* não constitue crime, é uma manifestação da liberdade de consciencia, garantida na Constituição Politica da Republica.

« Mas o art. 157 do codigo penal não está revogado.

« O *espiritismo* póde ser a causa efficiente de um delicto, quer contra a personalidade, quer contra a propriedade.

« Contra a *personalidade*, si algum chefe de seita espirita provocou, pelas ceremonias e ritos do seu culto, praticados imprudentemente diante de degenerados, graves alterações da saude ou mesmo a morte, incide nas penas dos arts. 157 § 1º e 297 do codigo penal, contra a *propriedade*—si houver o emprego de manobras fraudulentas, de uma habil ensceнação capaz de produzir a esperança ou o temor de um acontecimento chimerico, locupletando aquelles que dellas usam, o espiritismo reveste os caracteres juridicos do estellionato. » *Decisão* do Juiz Dr. Viveiros de Castro, 21 de maio de 1896.

---

[1] Revista de Jurisprudencia cit., vol. 4º, pag. 416 : vol. 7º, pag 347; O Direito, vol. 80, pag. 292.

Um dos aspectos destas theses, que além de estrictamente juridicas, sobresahe por uma sciencia nova pouco vulgar nos nossos meios forenses, envolve a questão dos *traumatismos moraes e psychicos* de que tivemos occasião de occuparmo-nos especialmente na elaboração do projecto de 1893 e depois e a que nos referiremos quando commentarmos o titulo «dos crimes contra a pessoa».

« O individuo que se entrega ao officio de *feiticeiro* não póde invocar a *liberdade profissional* garantida na Constituição Politica da Republica.

« Ha neste ponto um abuso de credulidade de pessoas ignorantes, incutindo-se em seu espirito fraco e inculto esperanças chimericas, que, aliás, podem ser *nocivas á saude*, e foi por este motivo que o codigo penal destacou esta fórma do *estellionato* para classifical-a entre os crimes especialmente contra a saude publica. » Accordão do Tribunal Civil e Criminal, 3 de junho de 1895.— (*relator*) Viveiros de Castro.

E' applicavel a este aresto a nossa observação anterior.

« Para existirem os delictos definidos nos arts. 163 e 164 do codigo penal não é necessario que a falsificação seja nociva á saude, basta a alteração das qualidades componentes. O fim do legislador foi não só garantir a saude publica, como punir a ganancia illicita do vendedor que illude a boa fé do comprador. » Accordão do Tribunal Civil e Criminal, 24 de janeiro de 1895 — (*relator*) Dr. Viveiros de Castro. Os juizes Drs. Miranda e Lima Drummond votaram que a ganancia illicita está prevista nos arts. 353 a 355 do codigo penal [1]

Não concordamos de modo algum com esta ultima classificação.

E' questão para resolver em cada caso se são ou não applicaveis os arts. 163 e 164, conforme a opinião de Carrara, que acima citamos.

« E' improcedente a allegação de que o art. 156 do codigo penal foi implicitamente revogado pelo art. 72 § 24 da Constituição Federal. O citado artigo constitucional não estabelece a liberdade da profissão intellectual tão ampla que dispense para o seu exercicio a prova de capacidade especial ou profissional.

« O Congresso Nacional no caso de attribuição do art. 34, § 34 da Constituição Federal, «decretando *leis organicas* para a execução completa da Constituição» tem em diversas leis exigido para exercicio de varias profissões intellectuaes titulo de habilitação e de capacidade profissional, e do mesmo modo tem procedido o Poder Executivo, expedindo decretos, instrucções e regulamentos, *ex-vi* do

[1] Viveiros de Castro, SENTENÇAS E DECISÕES EM MATERIA CRIMINAL, Capital Federal, 1896. pags. 91, 105, 176 e ns. XII, XVI e XXVI.

art. 48, § 1º da Constituição para a fiel execução das leis»: Accordão da Relação do *Maranhão* de 14 de outubro de 1898, presidente e relator *Costa*. [1]

Como nota final deste titulo devemos observar que uma lacuna sensivel se nota no codigo penal e nos projectos de 1896 e 1899, mas preenchidas nos de 1893 e 1897, nestes termos:

«Art. 233. Quando nos crimes previstos nos dous primeiros capitulos deste titulo, o perigo resultante do facto fôr tenue, ou o culpado o tiver impedido, ou limitado as suas consequencias, operando efficazmente para isso, a pena poderá ser diminuida de um a dous terços em cada um dos gráos.»

Essa disposição, modelada pelo codigo italiano, art. 330, ao passo que é equitativa para moderar a rigidez ou fixidez das graves penas comminadas, deve de constituir um incitamento ao arrependimento do culpado.

TITULO AVULSO

CRIMES CONTRA A FAZENDA PUBLICA

CAPITULO UNICO

DO CONTRABANDO

CODIGO

Art. 265. Importar, ou exportar generos ou mercadorias prohibidas; evitar no todo ou em parte o pagamento dos direitos e impostos estabelecidos sobre a entrada, sahida e consumo de mercadorias e por qualquer modo illudir ou defraudar esse pagamento:

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos, além das fiscaes.

COMMENTARIO

68. Não querendo alterar o nosso plano, collocamos aqui, em titulo avulso e em um capitulo unico, o *contrabando* que o codigo penal colloca no titulo VII, depois «dos crimes contra a fé publica».

Acha-se, pois, a materia entre esta ultima, de que iremos tratar no seguinte titulo VI, e os crimes de que já tratámos nos titulos anteriores.

---

[1] O Direito vol. 79, pag. 609.

No projecto de 1899, art. 271, figura neste lugar, como no codigo, o contrabando.

Nos projectos de 1893, art. 400, e de 1897, art. 395, elle figura entre as *contravenções*.

Justificando neste ponto o projecto primitivo, diziamos, tratando da materia das contravenções:

O 3º e 4º capitulos reproduzem os artigos dos nossos codigos sobre o registro civil e o *contrabando*.

Este ultimo, em rigor, é uma *contravenção*, embora assim não figure nelles.

O projecto preferiu a noção do *contrabando* do codigo anterior um pouco dessemelhante do codigo portuguez e voltou á penalidade daquelle, não achando razão plausivel para punir como crime com prisão por 1 a 4 annos (!) um facto que constitue simples infracção de lei fiscal e rigorosamente está no caso de se prover aqui com o systema dos *substitutivos penaes* de Enrico Ferri.

Si o interesse fiscal exigir providencias extraordinarias, decrete-o uma lei especial. [1]

Effectivamente tratando da theoria penal por elle construida, diz Ferri, um dos chefes da moderna escola positiva:

« O *contrabando*, que resiste por seculos ás penas mais ferozes, como o córte da mão e a morte, e agora aos carceres e ás fusiladas dos guardas aduaneiros, decresce pela *diminuição das tarifas aduaneiras*, como, entre outros paizes, em França notava Villermé. Tinha, pois, razão Adams Smith quando considerava « lei contraria a todos os principios de justiça aquella que pune o contrabando, depois de ter creado a *tentação* e com o *crescer* desta *augmenta* a pena delle », contra Jeremias Benthan, que, ao contrario, partindo da idéa que a pena deve fazer-se temer mais do que o delicto não se faça desejar, sustentava as penas severas para o *contrabando*. [2]

O projecto de 1896 havia omittido a figura restabelecida no de 1897 e no de 1899; neste como crime, naquelle como *contravenção*.

A personalidade do Estado, diz Pessina, não póde conservar-se, nem desenvolver-se, nem attingir os seus varios fins sem meios economicos.

O patrimonio do Estado é, porém, legitimamente, formado pelo *dominio publico* e pelas *entradas*, que são o producto dos *impostos directos e indirectos*. Donde um complexo de leis protege o *fisco*. E ha varios crimes que, salva a applicação das normas contidas no direito penal commum, são violações especiaes das leis fiscaes ou financeiras.

---

[1] Exposição de motivos cit. de 1893, pag. 26.

[2] Ferri, Sociologia criminale, Torino, 1892, pag. 315 e notas,

Em geral, nestes crimes póde-se distinguir duas categorias. Uma é a das *fraudes* para illudir as determinações fiscaes. Um nome commum as abraça, e é o *contrabando* (*fraudatum vectigal*). A outra é a das simples *contravenções* financeiras. Mas note-se tambem, que algumas vezes as simples contravenções financeiras podem ser punidas com penas pecuniarias que excedem os limites da pena pecuniaria de *policia*. [1]

Os nossos codigos, sob o nome geral de *contrabando*, teem comprehendido não só este como o *descaminho*, do direito portuguez, punindo-os com penas iguaes.

O codigo portuguez de 1852, art. 279 a 281 os distingue no que o seguiu o codigo de 1886, que manda observar as disposições das leis especiaes sobre a materia (art. 281), e limitando-se a definil-os assim:

Art. 279. *Contrabando* é a importação ou exportação *fraudulenta* de mercadorias, cuja entrada ou sahida seja absolutamente prohibida.

Art. 280 *Descaminho* é todo e qualquer acto *fraudulento*, que tenha por fim evitar, no todo ou em parte, o pagamento dos direitos e impostos estabelecidos sobre a entrada, sahida ou consumo das mercadorias.

« *Contrabando*, já dizia Pereira e Souza, é uma dicção moderna composta da preposição *contra*, e da palavra *bando* que não foi conhecida dos antigos jurisconsultos. No sentir commum, *bando* é o mesmo que *edicto* ou *mandato prohibitorio*. O contrabando, fallando *genericamente*, é todo o commercio que se faz contra as leis do Estado. Mas no uso *ordinario*, distingue-se o contrabando *propriamente tal* do *descaminho* ou *fraude* dos direitos reaes.

Levy Jordão e Silva Ferrão seguem aqui o citado autor. [2]

Carrara attribue ao vocabulo, derivado de *bannum*, a significação do conceito da violação das leis *fiscaes* ou de modo *especialissimo* das leis de *monopolio* do Estado e em sentido mais lato como infracção de leis fiscaes sobre entrada e circulação de generos.

Outros dão noção differente, isto é, invertem essa noção.

Assim Iosto Satta diz que « na linguagem historico-juridica a violação do direito que ao Estado compete sobre as taxas aduaneiras foi chamada contrabando (do hespanhol *contra-bando)* esta palavra passou *depois* a designar *tambem* a fraude em damno dos direitos de *monopolios* reservados para si pelo Estado sobre a producção e o commercio do

---

[1] Pessina, ELEMENTI CIT., vol. 3º, pag. 333.

[2] Pereira e Souza, CLASSES DOS CRIMES, ETC. Lisbôa 1816, pag 185 § 1º, Levy Jordão, Obr. cit., vol. 3º, pag. 104; Silva Ferrão. OBR. CIT, vol. 6º, pag. 30.

sal e do tabaco e por ultimo foi estendida á fraude de varias taxas de fabricação.»

Nessa diversidade, entendemos que só no direito portuguez *contrabando* é o genero, de que são especies o contrabando propriamente dito e o *descaminho*.

No direito francez, Jousse definia: « os contrabandistas como aquelles que vendem e retalham sal, tabaco, tecidos coloridos e outras mercadorias *prohibidas* em *fraude* e *contra* as disposições das ordenanças do reino».

Já então se distinguia as *contravenções* de leis sobre a importação e exportação de mercadorias *não* prohibidas.

Mas a legislação fiscal, sendo tudo o que ha de mais arbitrario, denomina depois uma classe de infracções « *contrabando* de mercadorias prohibidas ou *assemelhadas* ás mercadorias prohibidas sob o ponto de vista da fraude » — até sob a condição dos valores tarifados.

Os autores francezes parecem abandonar os proprios termos servindo-se dos geraes de *delictos de alfandegas e contravenções de alfandega*. [1]

No mesmo sentido, já indicado, Pereira e Souza distinguiu um do outro delicto, apezar de sob o nome geral de *contrabandos* fazer um rol de ambas as especies, conforme as leis vigentes portuguezas, antes da nossa independencia. [2]

Entre nós não conhecemos lei fiscal que tenha conceituado por uma formula typica o *contrabando* com o seu congenere, o chamado descaminho ; o conceito destas infracções resulta dos casos materialmente previstos nas varias leis fiscaes ou financeiras.

A Nova Consolidação das Leis das Alfandegas e Mesas de Rendas da Republica, diz Viveiros de Castro, embora não tenha aceitado a *synonimia* do codigo penal, não definiu, comtudo, o contrabando, nem o descaminho, limitando-se a enumerar taxativamente, no art. 445, as mercadorias, cujo despacho é prohibido ; e a declarar, no art. 488 §§ 5º e 6º, quaes os casos em que os donos ou consignatarios das mercadorias *descaminhadas* devem ser submettidos a processo criminal.

O citado autor demonstra bem que, conforme a jurisprudencia do Thesouro Nacional, na nossa legislação *aduaneira*, o que caracterisa essencialmente o *descaminho* é a *occulta-*

---

[1] Iosto Satta, CONTRABBANDO DOGANALE, Sassari 1897, pag. 5., Thibault, TRAITÉ DU CONTENTIEUX DE L'ADMINISTRATION DES DOUANES, Paris, 1891, pags. 18, 52 e 207 ; Pabon, DES DOUANES, Paris, 1895, pag., 12 n. 18 e 272 n. 451.

[2] Pereira e Souza, OBR. CIT., pag. 178 ; Carrara, PROGRAMMA CIT. Part. Spec., vol. 7º, § 3381, pag. 615.

ção dolosa, a qual torna evidentissima a existencia da *fraude*, e é o unico fundamento da *apprehensão*. [1]

Não ha duvida que, conforme a doutrina, se tem sempre procurado distinguir uma especie da outra, oppondo-se alguns autores á sua assemelhação, como faz um dos interpretes dos anteriores codigos brazileiro e portuguez, referindo-se á justa observação de Achilles Morin, de que mais grave que a *simples fraude*, que consiste em illudir os direitos da Alfandega, o *contrabando* é a introducção ou a sahida de certas mercadorias, *a despeito da prohibição absoluta* de que ellas são objecto. [2]

66. Quasi sem excepção, os codigos penaes não contemplam a materia de que nos occupamos.

Entretanto, tendo o codigo criminal anterior, art. 177, previsto o contrabando, seguiram-no os codigos portuguezes de 1852 e 1886 e o nosso vigente, nos termos a que nos referimos.

Não é facil expôr a doutrina na materia, porque ella varia em cada paiz com as respectivas leis fiscaes, a menos que não se estabeleçam sómente principios muito geraes ou se consigne na exposição do assumpto as variedades principaes da doutrina sobre o direito *commum* do contrabando, apezar de suas *singularidades*.

O nosso codigo penal no art. 265 do texto, fundiu, como vimos, duas figuras de infracção aduaneira.

Diante da lettra da disposição são elementos constitutivos das duas figuras :

a) importação ou exportação de generos ou mercadorias *prohibidas* de serem importadas ou exportadas;

b) Evitar, por qualquer modo, illudir ou defraudar o pagamento de direitos e impostos estabelecidos sobre a importação, exportação, ou consumo de mercadorias, não prohibidas, e sujeitas a tal pagamento;

c) Elemento commum, o dolo que se subentende, tratando-se aqui d'um crime ou delicto, e que já vimos exigido no denominado *descaminho*, conforme as proprias leis fiscaes.

Carrara, discutindo os elementos do contrabando, procura construir uma theoria racional, mas é difficil adaptal-a ao proprio direito italiano, cujas disposições na lei de 28 de junho de 1866 elle ataca como um retrocesso á idade média, inspirada na avareza e dictada pela crueldade.

Em resumo, Carrara diz que a condição fundamental que constitue o criterio distinctivo do contrabando proprio

---

[1] A. O. Viveiros de Castro, O CONTRABANDO, Rio de Janeiro, 1899, pags. 15 — 17.

[2] Silva Ferrão, OBR. CIT., vol. 6º, pag. 30, arts. 279 a 281.

(delicto), do contrabando *improprio* (transgressão) sob a relação do elemento *moral*, é o fim do *lucro* ou ganho, essencialmente distincto do fim de *economia* ou *satisfação*, prazer.

Mas este criterio moral é antes *negativo* que *positivo*; isto é, que talvez não possa ter-se o contrabando como *delicto*, onde falta a especulação de *lucro*; mas, dada a vista d'um *lucro*, a offensa ao fisco degenera por aquella unica circumstancia indistinctamente em verdadeiro delicto.

O elemento moral do presente crime se exprime pela palavra *empreza*, mas isto só não completa os seus elementos essenciaes.

E' o que Iosto Satta, enumerando technica e praticamente as especies de contrabando, chama contrabando *por commissão*, considerando a mais notavel. [1]

Depois, Carrara refere-se á opinião de Carmignani, muito differente da do Lobão, portuguez, dizendo que são objecto do delicto os direitos e as leis aggredidas e não a *cousa* ou *pessoa* sobre que recahe a acção.

No contrabando, diz elle, a acção material desenvolve-se sobre *cousas* que são *propriedade* do *contrabandista*; e seria absurdo achar naquellas o *objecto* do maleficio, porque não é contra ellas a offensa, e não são aquellas *cousas* o que se protege com a penalidade.

No contrabando, o *sujeito activo primario* são os contrabandistas; o *sujeito activo secundario* são os vehiculos ou instrumentos com que se executa a introducção, ou a fabricação prohibida.

As *cousas* introduzidas ou fabricadas fraudulentamente são o *sujeito passivo* do delicto; ellas são necessarias a completar a figura *subjectiva* do contrabando.

Em face deste sujeito, assim completado estão como *objecto* os *direitos* do Governo, e as *leis* que os protegem; e é pelo conflicto entre todos aquelles elementos constituindo o sujeito do crime, e aquelles direitos ou aquella lei que dão ao facto (sem isto innocente) uma *objectividade juridica*, aggredida ou offendida, que surge o *ente juridico* que se chama delicto.

E' bom advertir que estas observações de Carrara, em geral aceitaveis, referem-se principalmente ao contrabando propriamente dito, isto é, a infracção dos *monopolios* do Estado, e até certo ponto applicaveis ás cousas cuja entrada, sahida ou consumo, são absolutamente prohibidos.

Finalmente, elle considera um elemento caracteristico, essencial do contrabando *por empreza*, não tanto o numero

---

[1] Iosto Satta, Obr. cit., pag. 8.

de co-réos, como a *quantidade das cousas* que dão logar á infracção. [1]

Como a technologia é essencial á boa comprehensão da doutrina, e a portugueza, de Portugal, differe dos nossos codigos, precisamos insistir sobre este ponto referindo-nos a outras legislações.

Mesmo na Hespanha considera-se *contrabando* a violação dos monopolios em suas multiplas fórmas; e *defraudação*, a entrada, sahida, transito ou consumo de mercadorias sem as formalidades legaes e o pagamento de direitos.

E' esta a synthese das exemplificações materiaes da lei de 20 de junho de 1852, arts. 17 a 19, illustrada por Viada y Vilaseca, com a jurisprudencia relativa. [2]

Igualmente, no direito allemão, diz Franz von Liszt, além da *defraudação*, figura o *contrabando* como delicto aduaneiro especial. O contrabando consiste na importação, exportação ou transito de objectos, cuja importação, exportação ou transito a lei prohibe.

Commette *defraudação* quem emprehende esquivar-se indevidamente ao pagamento de direitos de importação ou exportação.

Presume-se a culpa do accusado.

A primeira reincidencia (e a este respeito consideram-se o contrabando e a defraudação delictos *homogeneos*), etc.

O codigo penal allemão, § 297, tem por objecto um delicto de caracter inteiramente *especial*, que o autor citado classifica, como de *perigo occasionado por contrabando*. O codigo pune o passageiro ou marinheiro, que sem sciencia do capitão introduzir a bordo objectos proprios a pôr *em risco* o navio ou a carga, porque podem dar causa ao embargo ou ao confisco do navio ou da carga (contrabando *fiscal* ou contrabando *de guerra*); e manda applicar a mesma disposição ao capitão que assim proceder, sem sciencia do armador.

A lei refere-se sómente aos navios destinados á navegação maritima e ás pessoas taxativamente ennumeradas, os terceiros podendo ser punidos como cumplices.

O dolo deve comprehender a consciencia do *perigo*. A *consumação* opera-se com a *introducção* dos objectos a bordo. [3]

67. Passemos agora ao direito daquelles paizes que fundem em uma só fórmula, como fizeram os nossos codigos os differentes conceitos do contrabando ou classificam este delicto de modo differente do direito portuguez.

---

[1] Carrara, Programma, cit. Part. Spec., vol. 7º, §§ 3878 a 3892.

[2] Viada y Villaseca, Obr. cit., tom. IV, pags. 12 e 336 — *contrabando, y defraudacion.*

[3] Franz von Liszt, Obr. cit., tom. 2º, pags. 333, 614 e 619.

Em primeiro logar, citemos a Inglaterra, o mais importante pelo seu commercio, por assim dizer, universal, o que quer dizer tambem de mais intenso e extenso trafico por agua e por terra.

Contrabando, define Seymour Harris, é importar ou exportar, *quer* mercadorias de que *não* tenham sido pagos os direitos aduaneiros, *quer* mercadorias *prohibidas*.

A lei vigente na materia está contida especialmente no estatuto aduaneiro de 1876 (39 e 40 Victoria, c. 36).

O citado autor, de accordo com esse conceito, dá um resumo do direito inglez sobre a materia.

Igualmente Stephen, refere-se em mais de um logar ao contrabando, dando o mesmo conceito comprehensivo da mercadoria *prohibida* e da que *não* pagou direitos — ...*any goods which are prohibited to be imported, or the duties for which have not been paid or secured.* [1]

Nós já vimos que no direito italiano actual o conceito é o mesmo e conforme Iosto Satta inversa, por assim dizer, a noção que suppõe originario ou primitivo o vocabulo applicado á violação do monopolio do Estado ou a entrada ou sahida de cousas prohibidas.

Diz o mesmo autor que o contrabando é uma infracção prevista pela lei aduaneira e por ella punida. Para determinar si tal infracção constitue *delicto* ou *contravenção* deve attender-se ao caracter intrinseco. O caracter distinctivo entre uma e outra classe de infracções foi claramente designado no relatorio do Ministro da Justiça sobre o codigo penal e onde se diz : « os delictos offendem directamente os bens juridicos ; as contravenções os ameaçam sómente dum perigo eventual.»

O contrabando constitue a lesão directa do direito do Estado a perceber as taxas e pois assume decisivamente o caracter de delicto e não de contravenção. Isto está de accordo com a jurisprudencia italiana.

O citado autor diz ainda :

O contrabando *simples* é constituido pela infracção voluntaria das disposições que a lei tem rigorosamente coordenado para a tutela directa da cobrança dos direitos aduaneiros de entrada e sahida.

Elle se distingue em contrabando de *importação* e em contrabando de *exportação*. [2]

Temos pois no direito italiano o contrabando e uma subespecie, o contrabando *simples*, ou o contrabando e a contravenção.

---

[1] Seymour Harris, OBR. CIT., pag. 79 ; Stephen, A. DIGEST, CIT. pag. 58 art. 81, *in fine*.

[2] Iosto Satta, OBR. CIT., pags. 65 e 82.

No direito francez Pabon define a infracção toda violação das leis penaes de alfandega.

As infracções na materia se classificam em *delictos* de alfandega e *contravenções* de alfandega.

A primeira categoria comprehende as infracções graves, que perturbam a ordem publica, causam um prejuizo serio ao thesouro, e as mais das vezes denotam nos seus autores a resolução bem assentada de realizar um acto fraudulento.

A segunda categoria comprehende as infracções menos graves, praticadas muitas vezes por ignorancia da lei ou por negligencia e não causando sinão uma offensa ligeira aos interesses do thesouro.

As infracções aduaneiras presuppõem tres elementos, o *material*, o *moral* e o *legal*.

Uma infracção qualquer dessa natureza mesmo não se concebe sem um facto material, quer uma *acção*, quer uma *inacção* ou *omissão*.

Tambem para que possa haver infracção é mister que ella tenha sido commettida *voluntariamente*; a força maior, ou o constrangimento physico ou moral elimina a vontade.

Quanto á *intenção criminosa*. diz Pabon, a intenção fraudulosa, em geral, não é necessaria para que exista infracção, não sendo admittido o agente a excepcionar, allegando boa fé; isto póde servir como uma attenuante para diminuir a pena; sendo questionada, em geral, a applicação de attenuantes nesta materia.

Nesta materia, a regra dominante é que os principios de direito commum são applicados com rigor em si mesmos, ou ainda derogados, ás vezes de modo desusado, contra o agente da infracção.

O ultimo elemento é o *legal*, isto é, a lei penal aduaneira que neste ponto obedece á maxima geral : *nullum crimen sine lege, nulla pœna sine lege*.

Como direito singular, o direito penal *aduaneiro* é muito mais rigoroso que o commum sob quasi todas as relações que defluem deste ponto de vista.

Outra questão. *Quid* da tentativa em materia de alfandega ?

Ainda no direito francez, conforme os principios do direito commum, a tentativa de *delicto* aduaneiro só é punida quando assim o determinar expressamente a lei, prevendo-a.

Succede muitas vezes que o acto que póde constituir tentativa já constitue uma infracção particular, delicto ou contravenção e, neste caso, a respectiva pena será applicada.

Quando a lei aduaneira considera a tentativa como uma infracção *sui generis*, é mister, para que ella seja punivel,

que reuna os elementos previstos por essa lei e mais, subentende-se, os elementos *geraes* de toda infracção aduaneira.

Ao contrario, quando a lei aduaneira prevê a tentativa propriamente dita, ella deve ser caracterisada conforme os principios do direito penal commum a que fica subordinada em si mesma e nas suas consequencias.

Assim, si na infracção aduaneira, não é exigida para punição a intenção, na tentativa a exigencia é de rigor, a propria palavra dil-o claramente, e não se conceberia tentar commetter uma infracção sem ter a intenção de commettel-a.

E' esta muito resumidamente a doutrina do autor citado. [1]

68. No direito italiano a tentativa de contrabando é equiparada ao contrabando; e a razão que dá Iosto Satta é porque no maximo numero dos casos, para não dizer na quasi totalidade delles, o contrabando é descoberto antes que elle possa dizer-se consumado; pois pela necessidade das cousas era justo que a tentativa de contrabando se confundisse na sua penalidade com a infracção consummada.

Em materia de contrabando a lei não pune sómente o facto *realizado*, mas tambem o *tentado*, afim de fraudar os direitos do fisco, quer trate-se de importação de mercadorias estrangeiras, quer trate-se de exportação de mercadorias nacionaes e pune-o differentemente do codigo penal commum, com a mesma pena.

Os elementos reguladores da tentativa são os mesmos communs.

O contrabando é por sua natureza uma infracção continuada, que preordenada no estrangeiro começa a consummar-se quando a mercadoria franqueie — por qualquer moo subtrahida ao pagamento do imposto — a linha aduaneira penetre no territorio nacional: perdura tambem depois que a mercadoria tem ultrapassado o limite e acha a sua realização quando a mesma chega ao seu destino passando ás mãos de terceiros de boa fé.

Igualmente constitue acto consummativo do contrabando a falsa ou fraudulenta declaração feita á alfandega, ainda que as mercadorias mesmas não se possam dizer ainda introduzidas no paiz e os agentes aduaneiros tenham o direito, si não o dever, de verificar a declaração.

Tambem com relação ao dólo, o direito italiano differe um pouco do francez, sendo menos rigoroso quanto á pesquiza do dólo que é regulada pelos principios geraes do direito penal.

E', em summa, a doutrina de Satta neste ponto. [2]

---

[1] Pabon, OBR. CIT., pags. 14 e 75, caps. IV e VII; Lajoye, DE LA BONNE FOI DANS LES CONTRAVENTIONS, Paris, 1886, pag. 28.
[2] Iosto Satta, OBR. CIT., pags. 67, 69 e 71.

Puglia manifesta a mesma opinião sobre a *tentativa* de contrabando, sendo este, como é, um delicto e por isso devendo estar subordinado aos principios do direito commum sobre a tentativa.

A'cerca da *tentativa* de *contravencão aduaneira* é que elle diz haver tambem contravenção quando não tenham sido realizados os actos necessarios conducentes ao escopo querido pelo agente, ou, em outros termos, que constituem contravenções tambem áquelles actos, que materialmente se poderiam considerar como *tentativa*.

Entretanto, Costantino Castori observa que a jurisprudencia se aparta das normas communs na tentativa de *contrabando*, pois que decide que esta consiste no facto de transporte de generos ou mercadorias em taes condições de tempo e de lugar e de tal modo que mostre abertamente o proposito de contrabando, isto é, a entrada ou a sahida das mesmas mercadorias sem o devido pagamento do imposto.

Ainda Puglia nota que o legislador estabelece penas especiaes para os *reincidentes*, os *reiteradores* de contrabando e tambem para os *contrabandistas* de profissão, attribuindo-se á esta expressão uma particular significação juridica. De facto *contrabandista* é considerado aquelle que se tem dado habitualmente ao contrabando, e se considera dado habitualmente ao contrabando aquelle que tem sido condemnado *tres vezes* por contrabando ou *uma só vez* por *tres delictos* de contrabando. Donde resulta que não é contrabandista o reincidente ou reiterador só de dous contrabandos. [1]

69. Conhecida assim de modo geral a doutrina na materia, devemos resolver uma difficuldade suscitada no nosso direito, neste ponto do direito penal substantivo aduaneiro, sem entrarmos muito no terreno do direito processual, que não nos compete.

O Supremo Tribunal Federal com a sua eminente autoridade estabeleceu de modo uniforme e constante uma jurisprudencia no assumpto que não nos parece, nem conforme com a doutrina, nem com os principios do nosso direito.

Ella consta de sentenças, cujos resumos adiante registraremos com os seus arestos sobre a materia em geral.

E como na excellente monographia do autor, que já citamos, representante do ministerio publico no Tribunal de Contas se adopta a mesma jurisprudencia, reduzindo-a até

---

[1] Ferdinando Puglia e Costantino Castori, *apud* Cogliolo, COMPLETO TRATTATO CIT., vol. 1º. Part. III, pag. 406, n. 61; vol. 2º. Part. IV, pags. 1132 e 1152.

a *aphorismos fiscaes*, seja-nos licito referirmo-nos especialmente a estes para oppôr-lhes as nossas objecções.

Diz Viveiros de Castro:

« I. E' arbitraria e injuridica a opinião dos que sustentam haver distincção entre — o *contrabando administrativo* — e o *contrabando criminal*.

« A entidade juridica denominada *contrabando*, ou, mais propriamente *descaminho* (quando se trata de desvios de direitos, e não do commercio de mercadorias prohibidas), não é como o Janus mythologico, nem se bifurca; o que o nosso codigo penal quiz punir no art. 265 foi justamente a fraude aduaneira, isto é, a violação dolosa das leis especiaes que regulam a materia (arts. 445 e 488 § 5º, da *Nova Consolidação das leis das Alfandegas*).»

Convimos na exactidão deste aphorismo, isto é, que não ha duas especies de contrabando, *administrativo* e *criminal*.

O contrabando propriamente dito, inclusive o chamado *descaminho*, é o *delicto* do art. 265, que estabelece penas criminaes.

As infracções simples das leis aduaneiras punidas com penas chamadas de policia, ou antes com multas e confiscos, não obstante o rigor do direito fiscal são meras *contravenções*.

A cit. *Consolidação* diz:

« Art. 630. Os inspectores das Alfandegas e Mesas de rendas são competentes:

« § 1.º Para imposição de multas por contravenção dos regulamentos e Leis porque se regulam as Alfandegas e Mesas de renda.» Eis o outro aphorismo:

« II. O citado art. 265 do codigo penal, portanto, deve entender-se de harmonia com as leis alfandegarias, sendo inadmissivel sujeitar ás penas no mesmo artigo, só porque caiba na noção generica do contrabando nelle expressado, um caso *não passivel* de penas *administrativas*, ou *sómente* sujeito a *taes penas*, seguindo as referidas leis alfandegarias, que não só regulam a execução dos direitos fiscaes, como *definem* e *classificão* os varios casos de infracção punivel, conforme a sua gravidade, comminando a uns unicamente as penas administrativas, impostas pelas respectivas autoridades, e a outros, além dessas, as criminaes, cuja applicação pertence ao Poder Judiciario.»

Já este segundo aphorismo, não nos parece tal; porque, no codigo penal art. 265 estão os elementos ou extremos do delicto, podendo-se quando muito dizer que a noção ficará melhor, não integrada, mas acertada, só no elemento que apenas o codigo subentende, isto é, no dolo, cujas formas as leis aduaneiras materialisam nas suas disposições, esta-

belecendo mesmo presumpções delle. Estas propriamente não *definem* o contrabando e si o fizessem de modo differente seria o caso de decidir qual dos conceitos devia vigorar, si o dellas ou o do Codigo.

Tambem não podemos convir que seja inadmissivel sujeitar as penas do mesmo Codigo um caso em que não caibam penas *administrativas* ou fiscaes, ou sómente sujeito a taes penas.

O art. 265 estabelece como penas — «prisão» cellular por 1 a 4 annos, *além das fiscaes.*

Si no caso não houver pena *fiscal* a applicar, será applicada sómente a *prisão*, e si a autoridade administrativa só houvesse applicado a *fiscal* e a unica que ella póde applicar, conforme o citado aphorismo II, isto não seria razão para deixar-se ainda de applicar a outra, si o caso revestisse os caracteres de contrabando. Mas a dissidencia entre nós resultará melhor do seguinte aphorismo inteiramente fundado na jurisprudencia.

« III. Tratando-se, pois, de materia da *competencia* da autoridade *administrativa,* qual, por exemplo, a de saber-se si foi ou não defraudado o pagamento dos direitos devidos á Repartição Fiscal, e estando *decidido* pela *referida* autoridade que o facto *não* constitue crime de contrabando, *tal* decisão tem força de *sentença judiciaria*, e *não* póde o mesmo facto sobre que versar dar logar a procedimento criminal.» (Diversos accordãos de alguns dos quaes e doutros daremos adiante a summa).

Mil vezes não, diante da doutrina e de nosso direito, nos aventuramos a dizer.

E' verdade que não têm, por um lado, organisação politica, mais liberal do que a nossa, e por outro lado não punem menos severamente o contrabando certos paizes, v. g., a França, a Italia, a Belgica etc.

Pois bem:

Em França, a administração das alfandegas não julga *contravenções* e menos delictos, como é o contrabando.

Os agentes aduaneiros limitam-se a lavrar autos, redigir informações ou relatorios para constatar a infracção e proceder a apprehensões e depositos de mercadorias. Este processo é de rigor para as contravenções.

A administração da alfandega é uma simples parte que acciona os réus ou antes assiste ou auxilia o processo, já diante dos tribunaes *civis* quando se trata de simples contravenções e limitadamente em relação ao que concerne ao confisco, multas e quaesquer outras condemnações pecuniarias ; já diante dos juizes *de paz* para outras contravenções ou diante dos tribunaes *correccionaes* para o contrabando e ainda certas outras contravenções.

Por outro lado, o ministerio publico só póde accionar os indiciados por contravenções da competencia dos tribunaes correccionaes, ou por verdadeiros delictos aduaneiros.

E' muito controvertida entre os autores a questão de saber si póde fazer sustar a acção do poder judiciario o facto da *transacção* permittida pela lei entre a administração aduaneira e o contrabandista ou contraventor.

E' em poucas palavras a doutrina legal exposta por Thibault, um dos chefes da direcção geral das alfandegas em França, em seu tratado sobre o contencioso da administração das alfandegas. [1].

O auto ou *procés-verbal* aduaneiro é o acto unico que é levado ao conhecimento da auctoridade judiciaria ante a qual póde ser arguido até de falsidade pelo *contraventor* que póde ainda appellar da decisão do *juiz de paz* para o *tribunal civil.*

Tratando-se de *delicto,* não estando detido o indiciado é citado para comparecer.

Aqui elle responde no seu domicilio si reside na alçada do tribunal, ou no caso contrario, no domicilio do Procurador da Republica.

Entre os modos *especiaes* de extinguir a infracção, os autores citam sómente dous :

A *falta* ou a *nullidade* do auto, *procés-verbal* para as contravenções e a da *transacção,* questionavel, como vimos, e cuja *nullidade* ou *execução* só póde ser pleiteada ante os *tribunaes* ordinarios.

O que acabamos de dizer é a synthese neste ponto doutro livro classico na materia de autoridade competente, obra premiada e sobre as infracções do contencioso e das tarifas das Alfandegas.

E' visto que em França, onde o contrabando não está no cod. pen., mas nas leis aduaneiras, aliás a administração nada decide, a não ser fazer uma *transacção* que compete ao ministro, ao director geral ou ao local da Alfandega. [2]

E' negocio tudo mais de pura e exclusiva competencia do poder judiciario ; *tribunaes civis,* de *paz,* ou *correccionaes.*

70. Na Italia, um notavel criminalista commenta o Decr. aduaneiro de 8 de Setembro de 1889, n. 7.387 (serie 3ª) que diz :

Art. 129. As *multas* e as *outras* penas, que a lei estabelece para os *contrabandos* e as *contravenções* aduaneiras (*doganali*), são applicadas pela autoridade *judiciaria,* obser

---

[1] Thibault, OBR. CIT., caps. IX a XI

[2] Pabon, OBR. CIT. cap. VIII e XLII.

vando-se a mesma competencia que é determinada pela ultima alinea do art. 71 do cod. de processo civ. para as controversias em materia de impostos directos e *indirectos*.»

Grimaldi, para justificar esta disposição, dizia num relatorio que não se póde comprehender, como tendo a lei deferido por motivos plausiveis á competencia dos tribunaes *civis*, sem distincção de somma ou valor, as causas civis, materia de impostos directos e *indirectos*, não se deva seguir o mesmo caminho para as contestações *penaes* sobre a mesma materia, considerando que sempre é uma no fundo nos dous casos para o *juiz* a questão a resolver e sempre um o *julgamento* que delle se exige, isto é, do imposto.

Ora, acrescenta Puglia, pela ultima alinea do art. 71, a que se refere o artigo 129, as controversias sobre impostos directos e *indirectos* são excluidas da competencia dos pretores, e por isso as multas e as penas estabelecidas pelas leis aduaneiras serão applicadas em primeira instancia pelos *tribunaes* e em segunda instancia pelas *Côrtes de appellação.*

Eis ahi ; e só ha uma excepção conforme a qual desde o recebedor aduaneiro até o ministro das finanças, reclamando a parte, póde decidir sobre os *direitos multas* e mais despezas ; segundo o art. 130, longo para transcrever e sobre o qual diz ainda Puglia :

No escopo de accelerar o procedimento contra o *contraventor* e evitar litigios, a lei dá *faculdade* a este de submetter-se á decisão da administração financeira.

Para exercitar tal faculdadade o contraventor deve fazer expresso *pedido* e *solicitar* que a applicação da multa nos limites do minimo ou do maximo, seja feita pela administração aduaneira ; e a reclamação deve ser feita em termos *absolutos e irrevogaveis*, doutra sorte seria repellida.

O pedido que será subscripto pelo contraventor póde ser feito, ou quando se lavra o auto (como em França) *forma il processo verbale*, da contravenção, ou em qualquer outro tempo *antes* porém, que a *sentença* do *magistrado ordinario* tenha passado em julgado. Tem sido entendido, porém, que a decisão da administração póde ser invocada tambem quando a contravenção seja acompanhada doutra infracção punida pelas leis com pena corporal, salvo o julgamento penal para esta infracção.

Para poder ser dada decisão administrativa, diz ainda o mesmo autor, a lei exige : 1° que o contraventor deposite a quantia exigida em garantia dos direitos aduaneiros, das multas e mais despezas ; 2° que não se trate de *contrabando* em união, ou de associação para contrabando, etc., ou de *qualquer* caso de contravenção que seja em via principal punivel com pena *corporal* além da multa. Tratando-se destes ultimos casos o contraventor *deve* (é delle o gripho) ser deferido ao *juiz ordinario*.

A decisão administrativa pelo disposto na lei se estende a todos os casos supra indicados, *confisco, impostos e despezas.* [1]

A mesma doutrina e referindo-se a cada passo á jurisprudencia é exposta por Iosto Satta.

Assim elle observa que o contrabando é crime de acção publica, que os seus meios de prova *não* são *diversos*, nem *menores* dos que aquelles que a lei penal commum permitte para todos os outros crimes; nem em contrario á esta regra geral encontra-se na lei aduaneira disposição alguma especial que a derogue.

A intervenção da administração aduaneira nos juizos e tribunaes penaes, onde move a acção publica o Procurador Regio, é a de uma *parte civil* como *qualquer* particular, representada por advogado ou um empregado aduaneiro, que ao mesmo tempo que defende os interesses fiscaes, póde fornecer os elementos de facto, ou mais precisas noções relativamente ás leis, aos regulamentos e ás disciplinas aduaneiras, das quaes de certo o empregado tem conhecimento mais exacto.

Quando o contrabando, depois do inicio do processo penal, seja objecto da *transacção* com a parte, *não* basta a decisão administrativa para pôr termo *ipso jure* ao processo penal, mas é necessario que a autoridade judiciaria competente declare extincta a acção.

O mesmo se passa relativamente ás simples contravenções em materia de taxes de *consumo*, cuja lei recente de 15 de Abril de 1897, n. 161, diz expressamente:

« Art. 56. As multas por contravenções do consumo são applicadas pelo *juiz competente conforme* as leis vigentes. »

Fazio que commenta esta lei com todos os actos legislativos e regulamentares e especialmente com os arestos dos tribunaes, *scilicet*, judiciarios, neste ponto não suscita a minima duvida contra essa doutrina e jurisprudencia uniformes, constantes e correntes de se deixar ao poder judiciario a funcção que lhe compete num paiz realmente livre e que é a substancia de sua existencia e constituição, isto é, julgar litigios entre as partes, quaesquer que sejam. [2].

A chamada *transacção* no direito francez, tem no italiano a denominação de *oblação voluntaria* que aliás o cod. pen. art. 101, applica a todas as contravenções punidas só com penas pecuniarias até 300 liras.

Na Belgica, o direito é o mesmo, limitando-nos a citar o livro dum autor, Procurador do Rei, justamente porque é um

---

[1] Puglia, *apud* Cogliolo, Completo Trattado cit., vol. 2º. Part. IV, pags. 1168 e segs.;

[2] Iosto Satta, Obr. cit. pags. 66, n. 17; 115, n. 23, 206, n. 43 e 217, n. 50; Fazio, Nuovo Codice Daziario commentado etc. Roma 1898, 1º volume, pag. 355.

tratado theorico e pratico das *questões prejudiciaes* em materia *repressiva* e os arestos a que estamos oppondo doutrina contraria, considerão *prejudicial* a decisão da administração para o processo criminal do contrabando entre nós.

No capitulo que se refere ás contribuições directas, *alfandegas e consumos*, o autor citado diz:

Em materia de *contribuições indirectas*, as contestações relativas *á validade dos actos de processo e de execução* (são delle os griphos) são, como em materia de contribuições directas, da competencia *exclusiva do tribunal* civil. Mas as contestações sobre o *fundo dos direitos reclamados* são, quando ha processo *repressivo* intentado por facto de fraude, da competencia do *tribunal de repressão* que deve decidir, ou ser chamado a decidir sobre o delicto, pelo motivo de que estas contestações constituem um *accessorio* inseparavel da questão *principal*.

E' mesmo para notar que o tribunal *correccional* é o unico competente, com exclusão da jurisdicção civil, para decidir, sobre acção principal, tudo o que se liga directa ou indirectamente ás contestações resultantes das *apprehensões ou das contravenções*, em materia de contribuições *indirectas*, e, por exemplo, para decidir sobre a realidade duma *apprehensão* feita por *empregados da administração das alfandegas* e consumos.

Não póde pois absolutamente apresentar-se no caso *questão prejudicial* a decidir, quer pela autoridade *administrativa*, quer por uma outra jurisdicção e nós não teriamos fallado nisto, si a respeito das contestações sobre o fundo dos direitos reclamados, num processo *repressivo* em materia de contribuições *indirectas* não acontecesse o contrario em França, onde as contestações da natureza das supra indicadas devem ser levadas ante os *tribunaes civis* de primeira instancia que decidem em camara do conselho, e com as mesmas formalidades que as prescriptas para o julgamento das contestações que se levantão por occasião do pagamento dos direitos reclamados pelo monopolio *(régie)* do registo. Ha, pois, ahi uma *questão prejudicial* ao julgamento. [1].

Na Belgica, pois, não ha questões *prejudiciaes* no caso, em França ha, mas a decisão pertence sempre ao poder *judiciario*.

Hoffman cita muitos autores e arestos.

71. Diante dessa doutrina e jurisprudencia, é impossivel considerar como *questão prejudicial* a decisão administrativa, mesmo do ministro, em materia de contrabando;

---

[1] Hoffman, QUESTIONS *Préjudicielles* CIT. tom. 3º, pag. 105, n. 586.

salvo, si lei expressa assim o determinasse, mas caso em que a sua rigorosa applicação não deixaria de ser duvidosa.

O nosso citado autor nota que um dos ministros do Supremo Tribunal Federal, « o Sr. Ubaldino do Amaral, jurisconsulto de incontestavel merecimento, *combateu* no Supremo Tribunal a doutrina consagrada nesses Accordãos, considerando-a *attentatoria* da independencia do poder judiciario. »

E assim é. Não se concebe mesmo que declarando a Constituição, art. 72, § 17, que « o direito de propriedade mantém-se em toda sua plenitude », as respectivas garantias della que teem como condição um poder proprio para protegel-a e independente como é o Judiciario, se entregue a sorte della, por mais valiosa que seja, o patrimonio mesmo inteiro do individuo, a qualquer agente aduaneiro, que procede sem fórma, nem figura de juizo e pelas maneiras sabidas da burocracia fiscal, á condemnação, á multas, ao confisco e mais penas e despezas.

A « Consolidação das Leis das Alfandegas » é uma bandeira de retalhos, na quasi totalidade de actos do Poder Executivo.

E' uma compilação indigesta, sem plano nem ordem, a que faltam a technica e os principios, ao mesmo tempo, anterior ao actual regimen politico, embora houvesse sido retocada já na constancia deste regimen.

Póde servir de regimento interno das Alfandegas, mas não é um codigo aduaneiro.

O *simile* com o *peculato* do illustre auctor do *contrabando* não colhe e até a antithese em vez de simile entre os dous casos, fornece argumento contra a doutrina jurisprudencial do contrabando entre nós.

Pela Constituição da Republica, ao menos em materia fiscal, só póde decidir hoje no contencioso administrativo e nos negocios que lhe podem ser affectados, o Tribunal de Contas, creado pelo art. 89, como uma excepção unica, ou uma desclassificação nas attribuições do Poder Judiciario.

O art. 25 do Dec. n. 2343, de 23 de janeiro de 1859, e toda legislação relativa caducou, só podendo ter força de sentença as decisões do Tribunal de Contas, na esphera restricta de sua competencia, sendo tudo mais da esphera do Poder Judiciario.

E' um residuo, na phrase de Meucci, ainda subsistente historicamente, do contencioso administrativo, mas sem valor juridico ou legal, depois da abolição deste. [1]

E' arbitrio, é pura inconstitucionalidade, que a acção

---

[1] Meucci, *Instituzioni di Diritto Amministrativo*, Torino, 1898, pag. 238.

do Poder Judiciario por si sómente póde fazer cessar, como um attentado, o facto anomalo de julgar, para absolver ou condemnar, os agentes do Poder Executivo, desde o Ministro da Fazenda até o inspector ou o administrador da ultima Alfandega ou Mesa de Rendas.

Quando a Constituição, art. 72, § 15, promettendo entre as suas maximas garantias, que « *ninguem* será *sentenciado* sinão pela *autoridade competente*, em virtude de lei anterior e na fórma por ella regulada », presuppõe o Poder Judiciario, a lei e o processo regular, offerecendo a defesa normalisada e garantida de todos os direitos concretisados na liberdade individual.

Si assim não fosse, a propria policia, num paiz livre, poderia julgar e punir.

E tanto o nosso Estatuto Politico refere-se ahi á autoridade *judiciaria*, que, no citado artigo, § 23, declara que « á excepção das *causas*, que por sua natureza, pertencem a *juizes* especiaes, não haverá privilegio de *fôro* ».

Isto quer dizer que *causa*, *juiz* e *foro* são idéas connexas e que tambem mesmo para o fisco, que é uma parte em juizo, não póde haver privilegio de fôro.

E tanto a Constituição alludiu á autoridade judiciaria e commum que precisou fazer excepções para os tribunaes militares e o citado Tribunal de Contas — arts. 77 e 89.

E tanto é assim que, na Italia, Meucci, citando a lei de 14 de agosto de 1862, n. 800, sobre a Côrte das Contas, e o texto unico da de 19 de fevereiro de 1884, sobre a contabilidade do Estado, art. 64 e seguintes, observa que a responsabilidade juridica do funccionario para com a administração se processa numa jurisdicção *privilegiada*, isto é, diante da Côrte das Contas, *verdadeiro tribunal* administrativo, que julga todos os funccionarios responsaveis que maneiam ou guardam valores do Estado ou procedem á verificação e ao balanço nos cofres, depositos ou armazens do Estado, etc. Taes são os prefeitos, intendentes de finanças, thesoureiros, etc. [1]

Esse é o direito actual e vigente da Republica que acha modelos no de velhas monarchias em paizes livres e de systema representativo e onde as funcções publicas estão differenciadas em virtude do preceito constitucional da separação dos poderes — Constituição Federal art. 15.

Entretanto, como praticamente todas as noções estão invertidas, o acto fossil da citada Consolidação regateia uma concessão limitada ao Poder Judiciario, dizendo no art. 637 :

« § 1.º O julgado no Juizo Criminal em relação á pessoa

---

[1] Meucci, Obr. cit., pag. 234, not. 2.

não influe no julgado administrativo em relação ao objecto da apprehensão e vice-versa. »

Este principio contrario ao art. 265 do Codigo Penal que manda applicar as penas criminaes e as fiscaes, certamente que não pelo ministro e seus agentes, reconhece a competencia plena do poder judiciario na esphera das penas *criminaes* ao menos.

Sendo assim, não se explica como se formou entre nós tal jurisprudencia e ainda menos que o aresto de 25 de abril de 1896 e outros, aliás com os votos vencidos de Figueiredo Junior, H. do Espirito Santo, Macedo Soares e Ubaldino do Amaral, considerasse uma *excepção prejudicial* da acção criminal o recurso administrativo da parte provido pelo ministro da fazenda, isto em contradicção com o art. 637, § 1º citado, sob pretexto de que o art. 265 do texto contém apenas uma noção generica do contrabando que deve ser entendida de accordo com as leis aduaneiras; o que entretanto nada tem com a consequencia de considerar como *excepção prejudicial* a decisão administrativa.

O que lança a confusão no assumpto, obscurecendo o conceito do contrabando expresso no art. 265 do codigo, é a anomalia e incongruencia de decidir como juiz e parte ao mesmo tempo a autoridade administrativa os conflictos entre si mesma e a outra parte.

Só no Brazil, talvez na Turquia, pode haver o caso de poder condemnar um inspector de alfandega alguem á multa por *contravenções*, a qual é conversivel em prisão, conforme a *Consolidação*, art. 646.

Si o poder judiciario estende, por via de interpretação, o arbitrio administrativo, constituindo a respectiva autoridade juiz do facto de haver ou não haver crime previsto no codigo, mais vale abrir mão da propria competencia e delegar á autoridade administrativa processar e julgar o mesmo crime.

Sendo contra principios elementares do processo que duas jurisdicções julguem um só facto criminoso, o crime do art. 265 só póde ser julgado em todas as suas partes pela autoridade judiciaria que deve annullar as penas fiscaes impostas pela autoridade administrativa quando conhecer de caso previsto no mesmo artigo.

Portanto, qualquer que seja a decisão mesmo do ministro da fazenda, a justiça federal, sem dependencia de nenhuma questão ou excepção prejudicial, processa e julga o crime por denuncia dos procuradores seccionaes da Republica que devem intentar a acção criminal e promover a accusação e o julgamento livremente, procedendo a exames, requisitando documentos e quaesquer diligencias necessarias.

E' a nossa humilde opinião.

72. A disposição do art. 265 do texto suscita outras questões.

Sendo as *penas fiscaes*, verdadeiras penas, como são o *confisco* e as *multas* e mais as despezas accessorias de tudo isso, não podem ser impostas sinão individualmente contra o *contraventor* ou *contrabandista* e não contra os herdeiros, pois que não se trata de *indemnização do damno causado*. [1]

Pensamos que a sentença condemnatoria passada mesmo em julgado só é exequivel pessoal e exclusivamente contra o condemnado e não poderia sel-o contra os herdeiros delle, porque a isto oppõe-se formalmente a Constituição, art. 72, quando dispõe:

« § 19. Nenhuma pena *passará* da pessoa do delinquente.»

A multa, sendo uma pena, diz Pabon, mesmo em materia aduaneira, não póde se applicar sinão áquelle que tem commettido a infracção e não aos seus herdeiros que são indemnes de toda a culpa. Mas, por outro lado, *(sic)* como ella representa uma reparação civil, os herdeiros *deveriam* ser obrigados á ella. Em tal caso é impossivel conciliar estes dous caracteres da multa aduaneira; assim, a jurisprudencia tem decidido que a condemnação á multa aduaneira não póde ser executada contra os herdeiros do autor da infracção.

Thibault é da mesma opinião, resumindo a controversia que tem havido entre os autores sobre certos pontos da doutrina. [2]

Assim nos apartamos ainda aqui do autor da monographia que temos citado, observando, em geral, que a satisfação do damno mesmo é hoje pelos criminalistas modernos, considerada objecto de direito penal e não civil, e que em ultima analyse não lhe podem ser equiparados o confisco e a multa, nem mesmo as despezas como accessorios inherentes, attenta a sua propria natureza, o modo de applicação e jurisdicções que fazem essa applicação. [3]

Seguimos aquí tambem a opinião de Sourdat que combate vivamente os arestos contrarios como desconhecendo o caracter das penas como taes. [4]

Passemos á questão da prescripção.

No direito italiano, art. 105 da lei, conforme Puglia, a prescripção da acção judiciaria prescreve em um anno. Mas

---

[1] Carlos Perdigão, CODIGO PENAL BRAZILEIRO. Rio de Janeiro, 1882, 1º vol., pag. 509.

[2] Pabon, OBR. CIT., pag. 118, n. 182; Thibault, OBR. CIT., pags. 114 e seguintes.

[3] A. O. Viveiros de Castro, O CONTRABANDO CIT., pags. 55 e 292.

[4] Sourdat, DE LA RESPONSABILITÉ, ETC., Paris, 1887, tomo 1º, pag. 66, n. 81; tomo 2º, pag. 22, n. 777.

sobre a prescripção da pena ou condemnação, a questão por controvertida não nos interessa.

No art. 111 da mesma lei aduaneira, segundo Satta, a acção judiciaria por contrabando prescreve em cinco annos; parecendo referir-se elle ao codigo penal para a prescripção da pena [1].

Em França, os factos de *fraude* aduaneira, punidos mesmo com prisão, prescrevem em tres annos e a prescripção é *instantanea*, si não foi lavrado o auto que a constate, ou o acto é nullo. E' esta a opinião de Thibault.

Neste ponto Pabon pensa do mesmo modo.

Quanto á prescripção da pena, ella é de cinco annos conforme o mesmo autor.

Em relação á prescripção dos creditos civis fiscaes contra os devedores aduaneiros, geralmente prescrevem n'um anno; mas ha controversia sobre alguns casos da prescripção de taes creditos. E' esta em resumo a doutrina no direito aduaneiro italiano e francez sobre a prescripção. [2]

Conforme as regras estabelecidas nos arts. 78 e 85, tanto a prescripção da acção, como a da pena do crime do art. 265, deveria ser de oito annos, por ser a mesma pena quatro annos de prisão no maximo.

Mas, parece-nos, que esta prescripção não póde ser applicada ao contrabando, cuja acção repousa sobre factos ou falta do cumprimento de obrigações, deveres ou formalidades concernentes ás leis aduaneiras, de modo que faltando esta base não póde haver acção.

E como o codigo penal art. 78, subordina a prescripção da acção e a da condemnação aos mesmos prazos, sem uma distincção na lei, pensamos que a melhor opinião é a que coherentemente com o systema do codigo penal subordinar tudo á prescripção dos factos que podem dar lugar ao crime e á pena ou á acção e á condemnação.

Assim pensando, adoptamos a opinião de Viveiros de Castro, que aliás sustentamos ha muitos annos, como advogado e por elle fundada nos arts. 539 e 666 da *Consolidação* e reduzida ao seguinte aphorismo:

« X. O direito de reclamação por erro ou engano verificado no processo dos despachos prescreve, *em qualquer hypothese*, para a Fazenda Nacional no fim de um anno, contado da data do pagamento dos direitos. »

---

[1] Puglia, *apud* Cogliolo, *obr. cit.*, vol. 2º, parte IV, pags. 1145 e 1164; Satta, OBR. CIT., pag. 48, n. 14.

[2] Thibault, OBR. CIT., pag. 182; Pabon, OBR. CIT., pag. 85, n. 120; pag. 151, n. 262; pag. 686, n. 798.

O citado livro combate muito bem todas as duvidas levantadas contra este preceito expresso e terminante com argumentos irrespondiveis e o apoio de respeitaveis autoridades nossas e estrangeiras. [1]

Outra questão. Conforme a regra do art. 406 do Codigo Penal o contrabando não era afiançavel para o autor do crime, mas poderia sel-o para o complice.

Mas, em contrario, a lei n. 515 de 3 de novembro de 1898, tornou inafiançavel o crime em qualquer caso por uma formula geral, quando dispõe:

« Art. 13. *Não* será admittida fiança nos crimes de moeda falsa e de *contrabando.* »

Já o Supremo Tribunal Federal applicou essa disposição no aresto que com outros sobre a materia do capitulo passamos a citar na summa.

78. « Não se dá o crime de *contrabando* quando as mercadorias que tiveram entrada em uma alfandega foram remettidas para outro porto alfandegado, prestando-se prévia *caução,* e com guias de *re-exportação* que ulteriormente foram substituidas por guias de *cabotagem* » : Acc. da Relação *Bahia,* 12 abril 1881.

« Não commette o crime de *contrabando* o individuo que declara ter a mercadoria, que pretende exportar, peso inferior ao que ella realmente tem, e por esse motivo paga menos direitos do que era obrigado a pagar » : Acc. Relação *Bahia,* 22 março 1889.

Esses arestos versam sobre o codigo criminal anterior, art. 177, mas são applicaveis ao codigo penal vigente, art. 265, do texto, porque as duas disposições se assemelham sob o mesmo ponto de vista.

Sobre o art. 265 do codigo actual podemos notar os arestos seguintes:

« Sómente no julgamento *plenario* podem ser apreciadas as razões de *defesa* de um recorrente pronunciado por crime de contrabando » : Acc. Supr. Trib. Federal, 15 de setembro de 1897.

« A *decisão* do ministro da fazenda do governo da União, declarando que o facto imputado a alguem é mera *contravenção* fiscal e não constitue crime de *contrabando* tem autoridade e força de *sentença* dos tribunaes de justiça, nos termos do art. 25 do Decr. n. 2343 — de 29 de janeiro de 1859, com o que se harmonisa a *Consolidação das Leis das Alfandegas,* art. 637 § 1º » : — Acc. Supr. Trib. Federal de 14 de março de 1896.

---

[1] A. O. Viveiros de Castro, O CONTRABANDO ETC., pag. 36 e nota 1.

« Devem ser pronunciados como *co-autores* do crime previsto no art. 265 do cod. pen. combinado com o art. 630 § 3º da *Nova Consolidação das Leis das Alfandegas* (contrabando) aquelles que prestam auxilio, *sem* o qual, não seria commettido o crime. A *cumplicidade* em crime de contrabando é *inafiançavel*, *ex-vi* do art. 13 da lei n. 515 de 3 de novembro de 1898.

« Intelligencia do art. 13 da lei n. 515 de 1893, em face dos arts. 265 e 406 do cod. pen.»: Acc. do Supr. Trib. Federal de 2 de agosto de 1899.

« Sendo o crime de *contrabando* de natureza *mixta* e estando sujeito ao conhecimento de *duas* jurisdicções — a judiciaria e a administrativa, competentes, esta para applicar as penas fiscaes e aquella as communs, a acção criminal delle decorrente depende da questão *prejudicial* de sua existencia, verificada e julgada *definitivamente* pela autoridade administrativa.

« Uma vez pagos em dobro os direitos devidos pela differença para menos encontrada nos volumes substituidos, segundo a deliberação da autoridade administrativa que não impôz as penas fiscaes do *descaminho*, não não ha lugar a applicação das penas communs do art. 265 do cod. penal.

« Intelligencia do art. 637, § 1º da *Consolidação das Leis das Alfandegas* »: Acc. do Supr. Trib. Federal de 2 de agosto de 1899. [1]

Este aresto é confirmativo de outro que citamos acima, além daquelles a que o mesmo aresto se refere e do seguinte:

« E' constrangimento illegal a ameaça de prisão por crime de contrabando, desde que o ministro da Fazenda competentemente decidio que os factos imputados aos pacientes não constituem tal crime » : Acc. do Supr. Trib. Federal de 30 de novembro de 1895.

« E' illegal o constrangimento que soffrem negociantes processados por crime de contrabando, tendo o ministro da Fazenda por decisão, que tem força de sentença judicial declarado que os factos que lhes são attribuidos não constitúem tal crime»: Acc. do Supr. Trib. Federal de 18 de dezembro de 1895.

« Improcedencia da denuncia por crime de contrabando, em razão de falta que o ministro da Fazenda decidio não constituir tal crime, sendo antes simples infracção que se resolve em multa, cuja execução é da exclusiva competencia da autoridade fiscal» : Acc. do Supr. Trib. Federal de 18 de janeiro de 1896.

---

[1] O DIREITO, vol. 23, pag. 338; vol. 49, pag. 303; vol. 75, pag. 69 vol. 78, pag. 274; vol. 80, pag. 416; vol. 81, pag. 148.

« Tratando-se de materia da competencia da autoridade administrativa, qual a de saber-se si foi defraudado o pagamento dos direitos devidos á Repartição fiscal e estando decidido pela mesma autoridade que o facto não constitúe crime de contrabando, tal decisão, tem força de sentença judicial e não póde o facto sobre que versa dar lugar a procedimento criminal »: Acc. do Supr. Trib. Federal de 15 de fevereiro de 1896.

« Procedencia do recurso interposto do despacho de pronuncia que julgou os recorrentes incursos no art. 265 do cod. pen., visto que a substituição de mercadorias na especie dos autos, não constitúe o crime de contrabando, mas simples infracção sujeita á pena administrativa imposta pela autoridade fiscal»: Acc. do Supr. Trib. Federal de 25 de abril de 1896.[1]

« E' crime militar o contrabando commettido por official do Exercito, commandante de destacamento, encarregado de sua repressão e policia fiscal.

Assim é improcedente a excepção de incompetencia, reconhecida pelo Conselho de Guerra no intuito de declinar do conhecimento do crime commettido nessas condições.

E' legislação subsidiaria dos Artigos de Guerra os cods. penaes da Armada e commum»: Acc. do Supr. Trib. Militar de 28 de junho de 1899.

O ministro Souza Carvalho, vencido, impugnou a doutrina do Accordão, sendo muito apoiado pela *Revista de Jurisprudencia* que faz observações, transcrevendo legislação em contrario. [2]

Nada temos com a questão de competencia que é de direito processual.

No terreno, porém, do direito substantivo, o contrabando é crime *civil* pelo cod. commum e ordinario, art. 265, que não tem semelhante no cod. da Armada, ampliado ao Exercito pela lei n. 612 de 29 de setembro de 1899.

Na *infidelidade administrativa,* como parece ao aresto, não está comprehendido o contrabando.

Sobre taes questões, em geral, relacionadas com o processo exprimimos a nossa opinião noutro livro. [3]

---

[1] JURISPRUDENCIA cit. de 1895, pags. 39 e 41; de 1896, pags. 29, 31 e 34.
[2] REVISTA DE JURISPRUDENCIA cit. Vol. 7º, pag. 141.
[3] Do autor: DIREITO MILITAR ETC. Cap. II, pag. 41, ns. 17 e segs.

TITULO VI

DOS CRIMES CONTRA A FÉ PUBLICA

CAPITULO I

MOEDA FALSA

CODIGO

Art. 239. Fabricar, sem autoridade legitima, moeda feita de identica materia, com a fórma, peso e valor intrinseco da verdadeira;

Fabricar, do mesmo modo, moeda estrangeira que tiver curso legal ou convencional dentro do paiz:

Penas — de prisão cellular por um a quatro annos, e de perder, para a Nação, a moeda achada e os objectos destinados ao fabrico.

Paragrapho unico. Si a moeda fôr fabricada com diversa materia ou sem o peso legal:

Pena — de prisão cellular por dous a oito annos, além da perda sobredita.

Art. 240. Fabricar ou falsificar qualquer papel de credito publico que se receba nas estações publicas como moeda:

Pena — de prisão cellular por dous a oito annos, além da perda sobredita.

Para os effeitos da lei penal considerar-se-ha papel de credito publico o que tiver curso legal como moeda, ou fôr emittido pelo governo ou por bancos legalmente autorisados.

Art. 241. Introduzir, dolosamente, na circulação moeda falsa, ou papel de credito publico que se receba nas estações publicas como moeda, sendo falso;

Introduzir, dolosamente, na circulação a moeda falsa fabricada em paiz estrangeiro:

Pena — de prisão cellular por dous a quatro annos, além da perda sobredita.

Art. 242. Diminuir o peso da moeda verdadeira, ou augmentar-lhe o valor por qualquer artificio:

Pena — de prisão cellular por um a tres annos, além da perda sobredita.

Art. 243. Supprimir, ou fazer desapparecer, por processo chimico, ou qualquer outro meio, os carimbos com que forem inutilisadas as notas ou cedulas do Thesouro Nacional, ou dos bancos, recolhidas da circulação e nella introduzil-as de novo;

Formar cedulas, ou bilhetes, do Thesouro Nacional, ou dos bancos, com fragmentos e pedaços de outras verdadeiras:

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno.

Art. 244. Incorrerão na pena de prisão cellular por um a quatro annos:

1°, os empregados da Caixa da Amortização, que emittirem, ou consentirem que se emittam, notas da antiga emissão do Banco do Brazil, a não ser em substituição das que, por dilaceradas ou por outros motivos, devam ser retiradas legalmente da circulação;

2º, todos aquelles que fizerem sahir, ou consentirem que saia, da Caixa da Amortização qualquer somma de papel-moeda, a não ser por troco, ou por effectiva substituição, ou para ser entregue ao Thesouro Nacional em virtude de lei que autorise tal entrega;

3º, os directores e gerentes dos bancos de emissão, pelo excesso da emissão de bilhetes, além dos limites determinados nas leis respectivas; e bem assim, os fiscaes do governo, que se mostrarem conniventes em tal falta ou as não tenham denunciado opportunamente.

LEIS

Art. 14. O crime de moeda falsa não prescreve em tempo algum em favor do réo domiciliado ou homisiado em paiz estrangeiro.

(Lei n. 515, de 3 de novembro de 1898.)

Art. 1.º Não poderão ser recebidos como moeda, ou nesta qualidade circular no paiz, quaesquer titulos de credito ao portador ou com o nome deste em branco, que forem emittidos pelos governos dos Estados ou dos municipios, sejam taes titulos apolices ou outros de denominação differente.

Art. 2.º No caso de transgressão, não só serão nullos de pleno direito todos os contractos e actos juridicos em que os referidos titulos forem empregados, como moeda, mas ficarão sujeitos á sancção do art. 241 do Codigo Penal os individuos que, como moeda, os empregarem ou os receberem em troca de objectos, valores ou serviços de qualquer especie.

(Lei n. 561, de 31 de dezembro de 1898.)

PROJECTO DE 1899

CAPITULO II

EMISSÃO ILLEGAL

Art. 237. Emittir, sem autorisação legal, nota, bilhete, vale postal, formula com valor, papel ou titulo ao portador, ou com o nome deste em branco:

Pena — multa do quadruplo do valor emittido, a qual recahirá integralmente tanto sobre aquelle que emittiu, como sobre o portador.

COMMENTARIO

74. Este titulo tem a mesma numeração no Codigo Penal, embora a subdivisão seja differente, porque o Codigo dividiu o titulo em dous capitulos, subdividindo o segundo delles em secções.

Em todos os projectos de revisão, a subdivisão é mais simples, isto é, em capitulos, e foi esta a ordem que aqui tambem guardámos.

Faremos considerações preliminares sobre o titulo em geral, embora Majno, Puglia e outros commentadores não o façam, para depois tratarmos da materia especial a cada capitulo.

Antes de tudo, repetiremos o que dissemos justificando o projecto de 1897 contra o de 1896:

« O substitutivo reproduz os capitulos I a III, apenas usando do vocabulo *prisão* em vez de « prisão com trabalho » para guardar a uniformidade de linguagem e substituindo em um caso essa pena, pela de detenção.

« No capitulo IV, a nova redacção não se afastou essencialmente do projecto, mas o substitutivo prefere restabelecer este, em summa, porque discrimina melhor a falsidade do escripto particular do publico, por funccionario, particular, etc...

« E para não alongar estas observações, lembra-se a exposição de motivos do projecto, que é minuciosa sobre este titulo.

« O capitulo V, do substitutivo é reproducção da nova redacção.

« No capitulo VI, porém, o substitutivo prefere o projecto, do qúal aliás não se afastou quasi a nova redacção, porque principalmente nesta se renova o *talião* tanto contra o falso testemunho como contra a calumnia e a exposição de motivos do projecto já fez justiça a essa instituição penal fossilisada [1].»

Não obstante, o longo parecer da Commissão parlamentar limitou-se a dizer isto:

« No titulo VI, o substitutivo modifica sómente a penalidade; impõe a prisão simples, em vez de prisão com trabalho, reproduzindo assim todo o projecto primitivo; a despeito de confessar-se — que deste *não afastou-se o projecto da Commissão, salvo quanto á redacção,* que na verdade ella timbrou em melhorar [2].»

Tambem tivemos que responder sobre este titulo á critica do parecer que temos citado da Commissão do nosso Instituto da Ordem dos Advogados e o fizemos nestes termos:

« Outra nota é a má collocação da falsidade commettida pelo funccionario publico no titulo « dos crimes contra a fé publica » e não no dos crimes contra a administração da justiça.

« A razão é facil; não é só o funccionario que falsifica, e o grupo de crimes com um mesmo titulo ficaria distribuido por mais de um lugar do codigo, o que é um vicio de tal ordem que não merece mesmo o nome de classificação.

---

[1] Exposição de motivos do projecto de 1897, pag. 11.
[2] Parecer cit. *de 1898*, pag. 11.

« Entretanto, o parecer fazendo a defeza posthuma do Codigo, esqueceu que o que nota nesse ponto, como defeito, elle o commetteu e repetiu nos arts. 131, 132, 192, 193, 194, 201, 244, 255, 257 e em muitos outros, estando os ultimos justamente no titulo censurado como improprio [1] ! »

Anteriormente haviamos respondido á critica do parecer da Commissão da Faculdade de Direito de S. Paulo sobre alguns pontos deste titulo do primitivo projecto de 1893, cuja exposição de motivos iremos citando sobre o assumpto especial de cada capitulo.

A nossa resposta, porém, á critica alludida foi a seguinte que já previne objecções sobre detalhes da materia dos capitulos, mas que não podemos scindir porque nos prejudicaria.

A nossa defesa visava o projecto de 1893, cujos artigos cita e foi a que passamos a expôr :

« A censura á redação do art. 249, § 2°, porque não copiou o Codigo Italiano, não tem sentido, desde que a emissão *scientemente* da moeda falsa, mas recebida como verdadeira, revela o dolo do agente.

« A detenção dolosa de sellos e objectos semelhantes é que se pune no art. 258, I.

« A *Exposição de motivos* (pags. 13 a 15—previniu todas as duvidas agora levantadas a proposito de redacção de artigos dos crimes em geral contra a fé publica, muito defeituosamente conceituados nos nossos codigos.

« O *Projecto* apontou como fonte o Codigo Italiano, mas foi mal, ora porque copiou, ora porque não copiou.

« O illustre censor tão amante da *technica* não vio que, ao contrario da lingua italiana, não temos termos para exprimir a escriptura publica e o escripto particular e lembra o Codigo anterior que emprega até a expressão *papel*.

« No art. 260, II, eu devia traduzir o Codigo Italiano que emprega termos rigorosamente technicos, sem correspondentes em portuguez.

« O que o illustre censor acha curioso nesta disposição é uma redundancia que não aponta, isto é, a penalidade, e uma aggravante no caso em que figura.

« O illustre censor deve publicar um diccionario de termos technicos uma vez que tanto nota o uso de expressões (que aliás não corrige !) indifferentes no caso !

« Porque não *pronunciar* sentença ou condemnação ?

« Porque não *dispronuncia* ?

« A supposta confusão de termo com época no art. 280, II nota-se tambem na fonte do *Projecto* que falla de tempo

---

[1] A REVISÃO DO CODIGO PENAL na *Revista Academica*. Recife, 1895, An. 7 pag. 16.

referindo-se a prazos fixados antes. Os limites dentro dos quaes se comprehendem taes termos ou prazos pelos actos figurados ficam constituindo uma época ou espaço de tempo para os effeitos que se lhe attribuem. Haverá critica mais banal ?

« Para notar o emprego *improprio* de veredictum, julgamento e sentença, do jurado, juiz ou tribunal se eleva o primeiro á autoridade judiciaria e cujo voto só se actúa pela decisão que o homologa dependente de recursos, revisão, graça e o que mais sei ?

« Daqui (pag. 39) passa a censura adiante (pags. 77 a 81).

« Fecha os olhos á *Exposição de motivos* (pags. 13 a 15) para não ver prevenidas verdadeiras objecções de algibeira que só illudem aos que não a lêrem.

« O illustre censor levanta moinhos de vento para ter a satisfação de derrubal-os.

« A tirada sobre a face religiosa do *perjurio* não vem ao caso.

« O illustre censor, apezar da grande connexão desta materia com a do *processo*, sua cadeira, tem ideias sobre que vacilla : ora repelle o *perjurio* do modo por que está redigido no *Projecto*, ora acha melhor eliminal-o (pag. 79, 2º paragrapho).

O *Projecto* não diz, sómente, *jurar*, como para justificar a censura, se transcreve *griphando-o*, mas omittindo elementos alternativos do conceito.

O Projecto diz :

« Art. 274. Jurar falso, ou *fazer affirmação de falsidade em juizo*, como parte, em causa civil : Pena etc...»

Antes de tudo, em Pernambuco *se jura*, assim como em outros Estados.

Em segundo logar, eliminar aquelle artigo seria abrir uma lacuna para tornar impune um crime grave.

Em terceiro, labora o illustre censor em equivoco, apesar da *Exposição de motivos* (pag. 15, 2ª col. pr.), pretendendo fazer uma figura distincta do depoimento falso da propria parte, que outra cousa não é mais do que o mesmissimo *perjurio*, em causa civil, bem entendido.

Nada justifica a suppressão do artigo [1]».

Nenhum dos projectos posteriores deixou-se influenciar pela critica feita neste ponto ao projecto primitivo.

73. A somma das normas juridicas, diz Pessina, ácerca do certo, da verdade legal, constitue a *fé publica*, isto é, a fé sanccionada pelo Estado, a força probante por elle attribuida a alguns objectos, ou signaes, ou fórmas exteriores ; e os

---

[1] O PROJECTO DE CODIGO PENAL *e a Faculdade de S. Paulo*, n. XIII, pags. 57 a 59.

delictos com os quaes o homem se insurge contra tal acertamento são, tomados, conjunctamente o *crimen falsi.*

O *crimen falsi* tem por fundamento natural alguma cousa de falso, isto é, de opposto á verdade : *falsum est quidquid in veritate non est, sed pro veritate adseveratur.*

Mas não basta a opposição á verdade para constituir o *crimen falsi ;* o erro e a mentira são contrarios á verdade, mas nem toda mentira é um *crimen falsi.* E' mister que aquillo que não é verdade assuma a apparencia da verdade, mediante aquelles signaes exteriores, aos quaes o direito attribue a força de provar a verdade ; e neste sentido, o *crimen falsi* deve conter uma *imitatio veri.* A essencia da falsidade punivel ou do *crimen falsi* consiste em desfigurar o direito substancial por meio do direito formal, adulterando aquelles objectos, ou signaes, ou formas exteriores, aos quaes a lei attribue o valor de certeza juridica ; e nesta attitude, para ferir a substancia do direito assenta a razão verdadeira da incriminação da falsidade. Donde justamente os criminalistas definiram o delicto de falsidade em geral, assim :*dolosa imitatio veri in alterius prœjudicium.* De tal sorte, as condições essenciaes da falsidade são tres : 1°, é necessario o artificio que ao que não é verdadeiro dê a apparencia de verdadeiro, não mediante engano á confiança privada (o que seria materia de *fraude),* mas prevalecendo-se da confiança publica que está annexa aos signaes legaes da verdade *(imitatio veri)* ; 2°, é necessario que haja dolo, isto é, a consciencia da nenhuma verdade intrinseca daquillo que exteriormente imita a verdade e que é destinado a lesar uma relação juridica ; e este é o significado da locução : *dolose factum in alterius prœjudicium* ; 3°, finalmente, é necessario que a lesão juridica seja effeito possivel da *imitatio veri* ; não é mister absolutamente que se haja realisado a lesão, mas a possibilidade da lesão é uma das condições substanciaes pela qual se revela a falsidade como delicto : *falsitas non punitur quœ non solum nocuit, sed nec erat apta nocere* (L. 38, § 6, D. *de poenis ;* L. 6, D. *ad L. Corn. de falsis).*

Desta noção geral da falsidade deriva a determinação das suas especies na historia do direito penal. E na verdade os legisladores incriminaram a falsidade na *palavra* que se torna prova nos julgamentos (falsidade *judicial*) *;* incriminaram a falsidade na *pecunia numerata signo publico signata,* emquanto esta é representativa do valor proprio das cousas singulares que servem á troca entre os homens *(moeda falsa);* incriminaram a falsidade que se revela nos *escriptos* destinados a garantir a certeza dos factos sobre as quaes se fundam as relações juridicas (falsidade *documental) ;* incriminaram a falsidade nos *signaes* destinados a

provar a proveniencia de alguns factos da autoridade social (falsidade dos *emblemas*).

No Direito Romano, a Lei das XII Taboas começou a punir o falso testemunho com a *præcipitalio* e o *saxo*. A primeira *Lex* que surge sobre os delictos de falsidade é a *Lex Cornelia de falsis* que incriminou o falso testemunho e o testamento falso.

As *constituições imperiaes* e os *responsa prudentum* ampliaram os casos de falsidade; assim que todo documento feito ou alterado ou supprimido foi considerado como falsidade, na escriptura e punivel. E aos delictos proprios de falsidade foram addicionados delictos equiparaveis á falsidade, isto é, as *quasi-falsidades*, como v. g. a *termini motio*, a *partus suppositio*, a *falsi nominis vel cognominis adseveratio*, e outras especies que se confundiam com a fraude [1].

O parto supposto e outros fingimentos que figuram no cod. anterior e no vigente não se acham neste titulo, mas em outro.

No antigo direito germanico, foi considerada a falsidade como violação do dever de lealdade e como engano em detrimento doutrem; mas, a sua punição revela o modo grosseiro de avaliar a correspondencia entre a pena e o delicto, porque toda falsidade era punida com a amputação da mão— *manum perdat per quam tantum crimen admisit*.

Não admira porque o nosso Codigo anterior e o vigente não abriram mão do *talião*.

O direito ecclesiastico consagrou varias normas sobre o *crimen falsi*.

As legislações intermédias oscillaram entre as diversas fontes; mas o elemento preponderante foi aquelle bom conjuncto de normas que derivavam do Direito Romano e ás quaes se fizeram ampliações posteriores determinadas pelo desenvolvimento das relações da vida economica.

No direito actual ha ainda divergencia sobre a construcção das varias especies de falsidade; mas apezar disto progressos importantes se teem effectuado.

O Codigo francez foi um dos primeiros a ordenar por categorias as differentes especies de falsidade. O Codigo francez enucleou a moeda falsa, a contrafacção dos sellos do Estado, a das notas de banco ou dos titulos de credito publico, falsidade da marca dos contrastes de ouro e prata, a falsidade do sello das autoridades publicas, a falsidade das escripturas publicas e a dos escriptos particulares, e remetteu á outra familia de delictos a falsidade judicial.

---

[1] Crivellari, Il Codice Penale Interpretato etc. Torino, 1890—98, 7° vol. pag. 95, n. 1; Ferrini, *apud* Cogliolo, Obr. cit. vol. 1° Part. I, Cap. X, pag. 246.

A legislação penal dos codigos italianos anteriores seguiu em grande parte a classificação da falsidade adoptada no Codigo francez. O Codigo toscano, porém, affastou-se delle mais do que os outros, acolhendo os conceitos dos codigos allemães. O Codigo sardo de 1859, ás categorias estabelecidas pelo Codigo francez addicciona a materia da calumnia (denuncia falsa), do falso testemunho e do perjurio dos litigantes em juizo, sob a denominação commum de falsidade judicial.

O Codigo italiano vigente, reunindo e harmonisando as noções do Codigo toscano e as do Codigo de 1859, em um systema mixto, elimina das especies de delictos contra a fé publica a falsidade judicial, que elle colloca entre os delictos contra a administração da justiça, e estabelece as seguintes categorias : a falsidade na moeda ou nos titulos de credito publico *(moeda falsa)*; a falsidade em sellos publicos e suas marcas *(falsidade dos emblemas)*; a falsidade em actos publicos ou particulares, ou em documentos de menor importancia, como passaportes, licenças, attestados (*falsidade documental)*. E á estas tres categorias de falsidade addiciona as fraudes, no commercio, nas industrias e nos mercados; as quaes não são verdadeiras falsidades, mas *quasi falsidades* e seriam melhor collocadas noutra categoria [1].

Fizemos essa referencia demorada, porque o nosso Codigo e os Projectos de sua revisão, em geral, tiveram como fonte o Codigo italiano, ainda que um e outros se affastassem delle em certos pontos neste titulo, conforme veremos pelo estudo especial dos capitulos.

Tambem, quer o Codigo, quer os Projectos, comprehendem materia que aqui o Codigo italiano não comprehende e ao contrario deixa de comprehender materia que o Codigo italiano contém.

76. Passemos á materia especial do capitulo do texto sobre a moeda falsa.

Ha dissenso entre os economistas, diz Ambrogio Negri, sobre a verdadeira indole da moeda, que ora se considera um *valor*, ora um representativo de *valores*, considerando-se hoje commummente como uma mercadoria.

A moeda, em todo caso, serve á troca entre os consociados, de cousas moveis ou immoveis, dos productos da actividade e da industria, e a segurança da mesma está na legitimidade do seu peso, titulo e cunho.

O Estado, como o unico que póde inspirar confiança aos cidadãos, tem o direito de cunhar e impôr esta moeda.

---

[1] Pessina, MANUALE DEL DIRITTO PENALE, ETC. Napoli, 1895. Part. Sec. Pag. 210.

E foi por isso, como vimos, que algum tempo prevaleceu o erro de que a moeda falsa fosse um crime de lesa-magestade. Mas, entre os cultores das sciencias juridicas, de um erro se cahe facilmente noutro.

Entretanto, que antes se considerava assim a moeda falsa, depois foi considerada como um furto qualificado.

Leopoldo da Toscana, na sua reforma de 1786, declarava que o crime de moeda falsa não era senão um furto qualificado por meio da falsidade. E no relatorio que precedeu a reforma do direito criminal francez, em 1832, se podia lêr tambem que a falsificação da moeda não era mais do que « um furto acompanhado de uma circumstancia muito aggravante ».

Rossi havia sustentado, ao contrario, que a moeda falsa se deve collocar entre os delictos contra o interesse publico, porque, além de ser um estellionato em damno daquelle que dá valores reaes em troca do valor apparente da moeda falsa, elle tem effeitos que podem estender-se a grande numero de pessoas, e o mal que delle deriva póde facilmente propagar-se, assim que attinge, mais do que a tal ou tal outro individuo determinado, ao publico em geral [1].

Mas, Chauveau & Hélie responderam a estes conceitos de Rossi, dizendo que alguns publicistas, dominados pela classificação do Codigo francez, teem querido imprimir á moeda falsa o caracter de um crime contra a cousa publica, fundando-se sobre a circulação rapida das moedas e sob o aspecto de que a massa dellas compõe de certo modo o patrimonio publico. Esta ideia, porém, não nos parece muito exacta. Toda moeda falsificada, posta em circulacão, não constitue na realidade si não um attentado á propriedade privada, desde que ella não lesa senão áquelle que a tem acceitado como boa e só depois descobre o seu vicio. A circulação dá mais ensanchas a commetter o crime, mas não póde mudar a sua natureza e effeitos. Si, pois, o crime de moeda falsa não deve estar collocado acima dos furtos qualificados, deve, ao menos, permanecer no mesmo nivel e pois, pelas circumstancias concomitantes, attingir a aggravação ou attenuação da sua penalidade [2].

Haus accedeu á esta opinião, notando que a falsidade da moeda, ou é um furto sómente em damno do Estado, sem detrimento dos particulares, quando se faz com falsos cunhos concurrencia á cunhagem do Estado, fabricando moeda não inferior ao valor da moeda nacional, ou se reduz a um estellionato para com os particulares, mediante a falsidade,

---

[1] Rossi, TRATTATO DI DIRITTO PENALE, tom. 2, pag. 68.

[2] Chauveau & Hélie, e Villey, THEORIE DU CODE PENAL, Paris, 1887-88, vol. 2, pag. 253, n. 568.

quando se diminue o valor effectivo das moedas verdadeiras, com alteração dellas; e é um crime contra os interesses do Estado e os interesses dos particulares, quando se põe em circulação moeda não verdadeira, que intrinsecamente não tem o valor effectivo da moeda verdadeira.

Recentemente, entre outros, Garraud, observa que nenhuma legislação tem seguido tal systema; todas teem destacado os actos que constituem a moeda falsa, o estellionato, o furto e a falsidade, para fazer delles o objecto de uma incriminação especial E' tambem o que fez a nossa legislação [1].

Nós não desconhecemos, accrescenta Negri, que possa nascer desta falsidade detrimento aos particulares. Mas o conceito exacto sobre que assenta hoje a sciencia, é que o falsario dirige os seus actos não contra um só, mas contra todos. *Hoc crimen cæteris differt ut privatis non solum noceat, sed totae civitati periculum inferat.* Em qualquer engano, observa Carrara, exercitado sobre a moeda publica, não póde duvidar-se que a contemplação do detrimento de qualquer somma soffrido por um cidadão particular é o menos, quando concorre o prejuizo universal á fé publica. E' o meio usado pelo falsario que converte as normas reguladoras da fé publica em instrumento para lesar os direitos doutrem.

A moeda falsa é, pois, essencialmente um crime contra a fé publica [2].

77. No direito anterior ao romano, a moeda falsa era punida com amputação da mão; e entre os athenienses, especialmente, era punida de morte. No Direito Romano a *Lex Cornelia* punia com a *aquæ et ignis interdictio* a moeda falsa; mais tarde a pena della foi a *deportatio* para os *honestiores*; a *damnatio in metallum*, para os *humiliores*, e o extremo supplicio para os escravos; mas posteriormente foi punida com a pena do *crimen magestatis*.

A pena deste delicto nas *Leges* germanicas era a amputação da mão.

O direito ecclesiastico fulminou a excommunhão sobre os falsificadores de moeda.

No antigo direito italiano e nas outras legislações do tempo intermédio, penas severissimas attingiram á moeda falsa.

E esta antiga tradição perpetuou-se no codigo francez, que puniu com a morte e com a confiscação a falsidade relativa á moeda de ouro e de prata (art. 132), e com pena de prisão perpetua com trabalho a da moeda doutro metal; e

---

[1] Garraud, DROIT PENAL FRANÇAIS, Paris, 1888-96, vol. 3º pag. 79, n. 64.

[2] Ambrogio Negri, em Cogliolo, COMPLETO TRATTATO DI DIRITTO PENALE, Milano, 1888-90, vol. 2º, part. I A, pag. 340.

penas severas estabeleceu, tambem, contra a falsificação de moeda estrangeira.

Os codigos italianos temperaram levemente o rigor tradicional da punição dos falsificadores de moedas; mas com o exemplo de varios codigos allemães melhores temperamentos póde adoptar o cod. toscano, de 1853. [1]

A' vista disso, não admira que a legislação de Portugal, que herdámos da Metropole, punisse com a morte pelo fogo e a confiscação os moedeiros falsos, fossem ou não plebêos, annullando os privilegios para sujeitar á tortura e a penas iguaes os fidalgos, *como cada um do povo que privilegiado não seja:* Orden. do Liv. 5º, Tit. 12, pr. e § 2. [2]

Innegavelmente o nosso codigo penal tem não poucos defeitos, como veremos, o que resulta da *exposição de motivos* do projecto de 1893, seguido, como já vimos, sem notavel alteração pelos successivos de 1896, 1897 e 1899, repetindo os posteriores as disposições dos anteriores.

Assim justificando aquelle primitivo projecto e comparando-o com o nosso cod. vigente, diziamos:

O crime de moeda falsa não é mais considerado como uma offensa aos direitos magestaticos do Estado; nem como contrario sómente ao Thesouro e propridade publica (codigo de 1830), mas como uma violação de leis que affectam ás relações economicas entre as nações, podendo causar incalculaveis prejuizos não só á fortuna publica, como á particular, isto é, ao commercio e á industria.

Dahi o ponto de vista largo que presidiu á elaboração do codigo italiano, que o nosso hesitou em seguir com firmeza, corrigindo parcialmente o anterior. [3]

Aliás o codigo hollandez e especialmente o allemão e o hungaro, seguidos por aquelle, nos guiaram nas correcções a fazer ao nosso.

O art. 249 do actual projecto comprehende as hypotheses possiveis da moeda falsa nacional e estrangeira com curso legal ou *commercial* dentro ou *fóra do paiz*, que o codigo anterior não previa e o actual não prevê, com a extensão que impõe o direito comparado, attendendo hoje á importancia do commercio universal, ao progresso do direito das gentes e ao uso diurno do instituto da extradição.

A hypothese nova do art. 243 do nosso codigo está ahi comtemplada por fórma mais comprehensiva, conforme a formulam o codigo allemão e o hungaro, ao contrario do nosso, que a restringe á uma especie, objecto de um processo nos nossos tribunaes. [4]

---

[1] Pessina, MANUALE CIT. Part. Sec. pag. 214, § 196.
[2] Vid. Pereira e Souza, CLASSES DOS CRIMES, Lisboa, 1816, pag. 55.
[3] Zanardelli, RELAZIONE CIT. III, pag. 167.
[4] O DIREITO, de 1889, vol. 49. pag. 14.

A pena varia no citado artigo do Projecto em relação ao damno presumivel, o que em outros termos comprehendiam os Codigos anteriores.

O art. 249 do Projecto corresponde aos arts. 239 a 243 do Codigo actual, consagrando-lhe todas as hypotheses.

A materia do art. 244 é impropria do Codigo, porque si os factos nelle previstos podem ser capitulados como moeda falsa, as leis respectivas é que devem referir-se ao mesmo Codigo.

Os §§ 1º e 2º do art. 249 do Projecto conteem duas especies novas.

A primeira é a da alteração da moeda diminuindo-lhe o valor, operação que se verifica limando a moeda, *tosquiando-a* ou *tôsando-a*, é o *radere* ou o *circumdere nummos* dos latinos.

Todos os Codigos punem com alguma severidade esse facto e o fim a que se propõe, a introducção na circulação; os nossos Codigos contemplaram um dos modos, isto é, o processo, mas não rigorosamente a introducção na circulação.

A outra especie é a daquelle que recebe de boa fé moeda falsa, como boa, e scientemente, para não acarretar com o prejuizo, a emitte de novo.

Naturalmente a penalidade é relativamente ligeira, como a editam os Codigos modernos [1].

O art. 250 equipara á moeda os titulos como taes emittidos pelos Governos ou pelos bancos legalmente autorisados.

A generalidade do artigo é para que a sancção penal possa attingir os que falsificam ou emittem moeda que tem curso legal ou commercial fóra do paiz, porque emittida por instituições de credito autorisadas, não quer dizer que seja licita a emissão de moeda no paiz, autorisada por Governo estrangeiro.

Com muito maior elasterio se exprimem os Codigos mais novos, de primeira ordem, allemão, hungaro, hollandez e italiano.

O projecto reduziu a noção do crime ao da falsa-moeda propriamente dita; excluindo de sua comprehensão titulos que quasi podem gyrar como moeda, mas que rigorosamente não são taes, como titulos nominativos ou mixtos, separando-se neste ponto do Codigo allemão, hungaro e outros, e em todo caso deixando margem á boa execução da lei, definindo por uma fórma geral e pratica que o Projecto considera moeda o que como tal circula em nome dos Governos, ou das

---

[1] CODICE PENALE VERBALI DELLA COMMISSIONE, ETC. Roma 1889, pagina 186.

instituições de credito legalmente autorisadas, abandonand as exemplificações materiaes incompativeis, nesta parte, com a diversidade das legislações commerciaes e financeiras dos Estados estrangeiros.

Os arts. 251 e 252 punem o fabrico e posse dolosa, se subentende, de instrumentos do crime e annexa á pena de prisão a vigilancia especial da Policia.

Não adoptou o Projecto a attenuante do falso-moedeiro, quando a falsidade seja facilmente reconhecivel, porque isto redundaria na impunidade de muitos, sendo certo que muitas pessoas são illudidas, recebendo moedas,aliás grosseiramente falsificadas [1].

Por ahi se vê as lacunas e defeitos do nosso Codigo penal que mal aproveitou a sua fonte ; assim como, que conforme o Codigo vigente, entre nós, não é crime *fabricar ou deter instrumentos destinados exclusivamente á contrafacção ou alteração de moeda* — pois que, o Codigo só se refere, no art. 239, á perda dos objectos destinados ao fabrico, e em nenhuma disposição se refere áquella nova figura,prevista nos Projectos de revisão.

Trata-se de actos simplesmente preparatorios que só podem ser incriminados como delictos *sui generis* por disposição especial, e na falta desta, ficarão impunes.

Tendo sido o Codigo italiano a fonte do nosso, á opinião dos interpretes daquelle nos referiremos.

78. O nosso Codigo, no art. 239, refere-se ao fabrico da moeda metallica ; no art. 240, ao da moeda, papel e no art. 241, á introducção de uma e outra na circulação.

Estas disposições correspondem ás dos arts. 256 e 263 do Codigo italiano, e, sobre o primeiro dos quaes, diz um de seus interpretes, que a falsidade na moeda se verifica por tres modos que são :

a) a contrafacção das moedas ; *b)* a alteração da moeda verdadeira, dando-lhe a apparencia de um valor superior ; *c)* o *uso doloso* das moedas contrafeitas ou alteradas, quer introduzindo-as no Estado, quer fazendo emprego dellas, quer introduzindo-as na circulação,quer procurando-as para outros afim de que lhes dê emprego ou metta-as de qualquer modo na circulação.

Seguindo as normas do Codigo toscano, o Codigo italiano não faz distincção, no que o seguiu o nosso, entre as varias especies metallicas das moedas falsificadas, differentemente do Codigo de 1859 que seguia o Codigo francez ; assim qualquer que seja a especie metallica das moedas falsificadas a pena é a mesma ; mas, o Codigo italiano considera como circumstancia aggravante do delicto o facto de ser muito re-

---

[1] Exposição de motivos do projecto de 1893, pag. 13.

levante o valor legal ou commercial representado pelas moedas contrafeitas ou alteradas, no que, porém, não o seguiu o nosso Codigo.

Digamos, entre parenthesis, que o direito inglez tambem faz differença, não só entre a moeda da Rainha, nacional e estrangeira, como tambem entre as moedas de ouro, prata e de cobre, variando muito a respectiva penalidade [1].

E por outro lado, si *o valor intrinseco* da moeda contrafeita é *igual ou superior ao das moedas genuinas*, isto é, legitimas ou legaes, a pena é menor [2].

Neste ponto seguiu-o o nosso Codigo art. 239, primeira parte.

Sobre o art. 263 do Codigo italiano, que com aquelle art. 256, corresponde aos arts. 240 e 241 do nosso Codigos, diz Crivellari, que si o papel de credito publico representa um valor, tambem a falsificação do papel de credito publico offende a fé publica e damnifica o Estado e por isso, era necessario que elle fosse equiparado á moeda. Tal parificação, porém, é feita sómente no aspecto penal, sem mudar a sua natureza, sob outras relações [3].

A primeira parte do art. 239 do Codigo penal contempla uma especie que é punivel, porque viola a lei que attribue ao Estado o monopolio de cunhar moeda de que só este offerece garantias para exercel-o, dizendo Majno, sobre a disposição parallela do Codigo italiano, que o facto é damnoso no sentido de que todo Governo emittindo uma moeda contrahe a obrigação de recebel-a pelo valor nominal, toda vez que entender conveniente retiral-a da circulação, dando uma nova em substituição.

Tratar-se-ia no caso, diz Puglia, duma concurrencia feita ao Estado na cunhagem da moeda. Puccioni sustenta que na hypothese não se póde encontrar os extremos do crime de falsidade, porque o artigo intrinsecamente é verdadeiro. O Codigo italiano considera falsa a moeda tambem no caso que o valor seja igual ou superior ao da moeda verdadeira. Isto não lhe parece exacto pela razão que dá Puccioni; poderia o facto considerar-se como delicto *sui generis* [4].

Si, porém, a moeda fôr fabricada com diversas materias ou sem o peso legal, que é a especie do mesmo art. 239, segunda parte, a pena é o duplo, da do crime anterior.

E' a solução do Codigo italiano, no art. 256, pen. alinea.

---

[1] Seymour Harris, PRINCIPLES OF THE CRIMINAL LAW, trad. de Bertola, Verona, 1898, pag. 409; Stephen, A DIGEST OF THE CRIMINAL LAW, London, 1894, pag. 354, arts. 408 e segs.

[2] Pessina, OBR. CIT., pag. 215.

[3] Crivellari, OBR. CIT., vol. 7º, pag. 165, n. 33.

[4] Puglia, MANUALE DI DIRITTO PENALE, Napoli, 1890, 2º vol., art. 256, pag. 166.

O art. 240 do texto prevê o fabrico do papel de credito publico recebido nas estações publicas como moeda.

E na sua segunda parte define o papel de credito publico recebido como moeda.

O Codigo italiano, art. 263, limita-se á parificar á moeda os papeis de credito publico dando tambem o seu conceito no mesmo art.

O Codigo, diz Puglia, equipara a falsidade dos papeis de *credito publico* á falsidade das moedas e estabelece as mesmas penas. E, para evitar equivocos, declarou o que se devia entender por *papel de credito publico*, isto é, os papeis que teem curso legal como *moeda*, os papeis e titulos ao *portador*, emittidos pelos Governos e que constituem *titulos negociaveis*, todos os outros papeis tendo curso legal ou commercial, emittidos por *institutos autorisados para emissão*. No projecto tinham sido comprehendidos tambem os papeis *nominativos*, emittidos pelos Governos. E já Pessina tinha observado que estes ultimos na realidade não eram sinão *certificados*.

Depois da discussão havida nas duas camaras, foi supprimido o inciso a respeito dos papeis *nominativos*, onde no caso de falsificação de titulos *nominativos*, sejam publicos, ou sejam particulares, não póde fallar-se de moeda falsa, mas de falsidade documental.

Da simples leitura da disposição da lei (art. 263, parallelo ao art. 240 da nossa), resulta: 1º, que nem todos os *papeis de credito*, mas aquelles de credito *publico*, que são commerciaveis, podem ser materia do delicto; 2º, que o delicto de falsificação de *papeis de credito publico* póde commetter-se por todos aquelles modos, pelos quaes se póde commetter a falsificação das moedas; 3º, que se pune tambem a falsificação dos papeis de credito publico extrangeiros; 4º, que se pune tambem o emprego ou uso doloso dos papeis de credito publico falsificados [1].

O art. 241 do Cod. Pen. prevê o facto da introducção na circulação de moeda falsa, seja ella fabricada no paiz ou no estrangeiro, o que aliás não precisava distinguir, desde que a pena é a mesma,

Entretanto, sendo disposições parallelas, no Cod. ital., ás dos arts. 356 n. 3 e 258, embora note-se neste ponto entre este Cod. e o nosso, differenças, sobre elle diz Crivellari :

«Uma segunda hypothese é prevista pelo artigo, é a introducção no Estado das moedas falsificadas no estrangeiro, sajam ellas nacionaes ou estrangeiras. Esta introducção se

---

[1] Puglia, OBR. CIT., 2º vol., art. 263, pag. 172.

suppõe feita por outra pessoa que não o falsificador, pois que, no caso contrario, se confundem com a obra deste.

O introductor para cahir sob a sancção penal deve achar-se de accôrdo com o falsificador. A razão pela qual deste facto se creou uma figura de crime *sui generis*, está em se ter querido evitar a impunidade do introductor que não tivesse usado moeda falsa e não tivesse participado da sua alteração. O concerto a que allude o legislador deve ser posterior á contrafacção. Aquelle anterior não precisava de uma sancção especial, desde que com elle se teria um auxilio punido com as fórmas geraes da complicidade. E de facto, o falsificador que antes de começar a obra delictuosa, entretanto, a está desempenhando, sabe ter já promptos os meios de recolher o proveito da mesma obra, sente-se encorajado para o delicto, a sua resolução é fortificada. A necessidade de uma sancção era sentida para este concerto posterior, porque se teria podido duvidar si podesse ser considerado como complicidade, tanto mais quanto os delictos de contrafacção e alteração são delictos perfeitos.

Depois da introducção, outras formas de delictos, por si sós subsistentes, são o emprego das moedas falsas, o facto de pol-as em circulação, o de procural-as com o escopo de usal-as ou mettel-as em circulação. Tambem nestes casos a lei presuppõe uma pessoa diversa do falsificador e exige o concerto com o mesmo. São estas, como a introducção, tantas fórmas de uso, que exige nos culpados, falta dizel-o, a sciencia de falsidade das moedas, da qual não se póde duvidar, uma vez que o concerto com o falsificador esteja estabelecido [1].

79. Entretanto, diz Majno:

Para que surja o crime de moeda falsa, a moeda contrafeita ou a alterada, deve poder ser despendida, *spendibile*.

Deve poder ser *usada*, introduzida ou mettida na circulação, *circular*, *correr*, *passar*. A Ord. do Liv. 5º, tit. 12, emprega, como o direito italiano, a expressão *despender* — § 3º.

O art. 259 do Cod. ital., é verdade, declara que quando a falsidade seja facilmente reconhecivel, as penas estabelecidas nos artigos precedentes sejam diminuidas, de um sexto a um terço. Mas desta disposição não seria licito inferir que qualquer falsificação possa dar logar ao delicto de moeda falsa.

---

[1] Crivellari, obr. cit., vol. 7º, pag. 158, n. 21.
Puglia, Manuale cit., 2º vol., art. 256, pag. 166.
Majno, Commento al codice penal, Verona, 1890—98, 1º vol., art. 256, pag. 719, n. 2006.

O objecto deste delicto é, como vimos, a fé publica, no sentido de que a moeda falsa gera a desconfiança nos mercados publicos, impede e perturba as relações commerciaes.

Precisa, pois, como diz Carrara, que a fé publica possa soffrer lesão por aquelle facto, isto é: precisa que a moeda possa ser mettida na circulação ; onde falte tal habilidade, fica uma intenção perversa, manifestada por operações e actos *inidoneos* e desapparece a indole politica do delicto, ninguem se alarma por uma moeda que não teria podido enganal-o, nem ninguem dá máo exemplo com um acto incapaz de conseguir o effeito perverso desejado [1].

Diga-se, entre parenthesis, que o nosso cod. pen. art. 14, não pune a tentativa por meios inidoneos.

O objectivo juridico da falsa moeda, observa ainda Majno, sendo a fé publica, e esta não se podendo dizer offendida, si a moeda falsa não tenha attitude para circular, dahi vem que, mesmo quando a moeda falsa tenha sido effectivamente *dispendida, spesa,* isto não bastará para que se digam exhauridos, sem mais nada, os extremos do crime. A condição do dispendio, uso, *spendibilitá,* deve estar *na moeda:* a *dispesa, spendita,* uso effectivo, poderá ser argumento do dispendio, *circulabilidade,* mas um argumento que deve ceder á evidencia do contra rio. O facto de uma moeda falsa, que não teria podido illudir e enganar a diligencia mais elementar e tenha sido recebida como boa, poderá ser razão para acertar no facto os extremos de um estellionato consummado contra o ignorante ou o desmiolado que a recebeu: mas, este facto não póde supprir a deficiencia do elemento *material* necessario para constituir o delicto contra a fé publica. Não é juridico acertar sem mais no senso imperfeito ou no desaso de um terceiro, que não empregou ao menos a diligencia mais elementar, os elementos do *corpus criminis* que devem estar ou achar-se no producto material da delinquencia [2].

Quando a falsificação tenha descido a tal gráu de grosseria e de evidencia e não poder absolutamente comprometter o commercio de circulação, poderá haver delicto de estellionato tentado ou consummado no uso que se faça da moeda falsa [3].

Neste sentido não podia ser approvada, e não foi reproduzida no cod. italiano a disposição do cod. pen. tos-

---

[1] Carrara PROGRAMMA, Part. Spec. vol. 7º § 3548.
[2] Carrara, PROGRAMMA, Part. Spec. vol. 7º §§ 3546 e segs.; PESSINA, ELEMENTI CIT., 3º vol., pag. 155 ; Puccioni, COD. PEN. TOSCANO, vol. 4º, pag. 32.
[3] Chauveau, Hélie e Villey, OBR. CIT., vol. 2º, n. 482, pag. 267.

cano, de que não se podesse mover duvida ácerca da *circulabilidade, spendibilita,* quando as moedas contrafeitas ou alteradas tivessem sido dispendidas ou passadas (art. 240 § 2).

O nosso cod. pen. não póde ser interpretado sinão por essa doutrina do codigo que lhe serviu de fonte [1].

Quanto ao art. 258 do cod. italiano, tambem parallelo ao art. 241 do nosso, diz Carrara, que tambem usar, ou pôr em circulação moedas e papeis que se sabe serem falsos, constitue um crime grave, ainda quando o passador não esteja de concerto com o falsificador, porque os effeitos deleterios da acção igualmente se realisam sobre a confiança do credito publico.

Dous modos, porém, ha de tal emprego ou circulação que assás diversificam na sua importancia, e que, considerados na sua natureza juridica, constituem um crime de interesse politico assás distincto.

Ha o passador de profissão e que negocia a moeda falsificada por especulação sordida, o qual sem estar de concerto com o falsificador, está, porém, ligado por uma longa fila de intermediarios, e contribue sinão directamente, de certo modo muito efficaz para o exito do falsificação. Este não se pode dizer nem co-réo, nem cumplice do crime principal; é, porém, um poderoso coefficiente da sua resolução.

Ha, porém, uma outra classe de passadores, que manifestamente não teem nada a fazer com o processo da falsificação; mas, achando-se enganados na sua boa fé, por ter recebido uma moeda ou papel falsificado, procuram passal-o adeante para livrar-se da perda. A acção destes passadores perde, portanto, toda importancia sob o aspecto politico do crime principal, si bem que revista uma immoralidade que o legislador não podia deixar impune. Mas, como o escopo da acção é o resarcimento de uma perda material, assim a pena ordinaria é a multa, e sómente na hypothese que o facto pelas proporções da entidade da moeda passada assuma uma importancia especial, póde ser applicada a detenção até seis mezes [2].

O nosso Codigo não prevê esta ultima hypothese, de modo que, entre nós, quem de bôa fé, receber moeda falsa como sendo boa, e depois passal-a, ou tentar passal-a, para evitar o prejuizo, não commette o crime de moeda falsa, ou antes de *fraude monetaria,* como o denominam os criminalistas.

O facto constituirá pelo nosso Codigo o crime de estellionato na especie prevista no art. 338 n. 5º, subordinada á dis-

---

[1] Majno, OBR. CIT., 1º vol., n. 2008, pag. 721, art. 256.
[2] Carrara, COMMENTO AL CODICE PENALE, Roma, 1889, art. 258, pag. 165.

posição geral do art. 339, ou não será crime algum, porque o nosso Codigo, com o detestavel systema de disposições abusivamente casuisticas, exclue tudo quanto não estiver particularmente mencionado nos seus casos.

O caso está previsto nos Projectos de revisão, de 1893, art. 249, § 2º, e de 1899, art. 234, § 2º.

80. No art. 242 do texto se consagra a especie daquelle que diminue o peso da moeda verdadeira, ou augmenta-lhe o favor, por qualquer artificio.

Esta disposição no Codigo italiano está comprehendida nos arts. 256, n. 2 e 257.

E sobre o assumpto, diz Crivellari, uma fórma de falsificação é aquella que se realisa alterando a moeda verdadeira. Ella se opera por dous modos. Diminuindo o valor intrinseco da moeda, dando a esta o aspecto dum valor superior. Neste art. (256, n. 2) se falla desta fórma de alteração e é a mais grave. E' a especie do art. 242, segunda parte, do texto.

Pode-se dar á moeda o aspecto dum valor superior, modificando o modo de ser da moeda, ou não fazendo esta modificação.

Modifica-se o modo de ser da moeda, destacando da verdadeira o verso e o reverso do cunho, de modo que subtrahido o metal intermedio, se adaptem á uma peça de metal ou tambem á uma moeda de valor inferior.

Não tem logar esta modificação quando ás moedas de prata se dá a côr das moedas de ouro ou quando ás moedas de cobre se dá a còr das moedas de ouro ou prata.

Sobre esta fórma, porém, de alteração não está concorde a sciencia, desde que se distinguem os caracteres da fraude, antes que os da moeda falsa. Hoje que toda moeda tem o cunho e a indicação do seu valor, si se trata sómente de mudança de côr, mantendo-se inalterado o cunho, não cremos que possa fallar-se de moeda falsa, pois que, estando a essencia da falsidade na lesão da fé publica, esta não se verifica, si não se tem falsificado o cunho em que essa fé consiste, e a substancia mesmo da moeda. Não ha nem mesmo perigo de damno social, porque a indicação do valor permitte a qualquer descobrir a fraude, e porque a lei que determina os signaes da moeda não deve ser de ninguem ignorada. Neste caso não ha maior ou menor semelhança com a moeda genuina, falta absolutamente a moeda que se quer fazer apparecer, e quem se faz enganar pela còr, culpe-se a si mesmo. Este facto deverá considerar-se uma fraude.

E' tambem a solução do moderno direito francez e a opinião de Blanche, Carrara, Pessina, Puglia, Majno e Negri. [1]

---

[1] Negri in Cogliolo, OBR. CIT., vol. 2º, Part. I A, pag. 343.

De modo differente não pode ser interpretado o nosso codigo ; no caso não ha moeda falsa.

Quanto ao papel moeda e papeis de credito publico, não tendo elles valor intrinseco, a respeito delles a unica fórma de alteração possivel é a de dar-lhes a apparencia dum valor superior, o que se pode fazer, cancellando as indicações, algarismos, palavras que sobre o papel certificam o valor por elle representado, substituindo tudo por outras indicações, alteração que, com effeito, se reduz a uma contrafacção. [1]

A outra fórma de alteração é a prevista na primeira parte do art. 242 do nosso Codigo, parallela ao art. 257 do italiano.

A fórma mais leve, diz o mesmo autor, de alteração de moeda, que constitue a hypothese contemplada no art. 257, consiste em diminuir, de qualquer modo, o valor da moeda genuina.

Nesta especie de alteração, o meio usado é absolutomente indifferente, como indifferente é o processo, desde que o resultado é sempre identico, isto é, uma subtracção de valor ; por isso o codigo usou da expressão *por qualquer modo*. Os modos até agora usados são: *tosquiar*, ou cortar em redor, ou cercear, na phrase da Ordenação *(circumcidere)* ; raspal-a na superficie *(radere)* ; laval-a em aguas que a decomponham *(lavare)* ; diminuir-lhe o valor mediante a acção de acidos ou de outros agentes chimicos *(purgare nummos)*. Esta especie de alteração tem em mira sómente as moedas de ouro e de prata, como aquellas que são compostas de metaes que teem um valor, e que correspondem quasi perfeitamente no valor intrinseco e no nominal.

Deve ser, pois, uma alteração que não impeça o uso da moeda, não deve tornar irreconhecivel o cunho. Usar d'uma moeda com um cunho não reconhecivel, constitue antes uma fraude que uma falsidade.

Introduzir uma moeda assim alterada no Estado, empregal-a, mettel-a na circulação, procural-a para usal-a ou pol-a na circulação, factos commettidos por outra qualquer pessoa que o autor de tal alteração, quando com este hája concerto, cahe sob a mesma sancção [2].

Esta é a solução do direito italiano, á vista da referencia expressa do cod. ital, art. 257 (242 do nosso) ao 256 n. 3 (241 do nosso).

Mas o nosso não faz referencia alguma, e si pune a diminuição do peso ou augmento do valor, no art. 242, quando dispôz sobre introducção na circulação de moeda falsa, no art. 241 não abrange estas especies, lacuna á que

---

[1] Crivellari, OBR. CIT., vol. 7º, pag. 158, n. 23.
[2] Crivellari, OBR. CIT. vol. 7º. pag. 160, n. 27.

alludimos na nossa *exposição de motivos* do Projecto de 1893, acima citado.

Rigorosamente será uma fraude, o estellionato o facto, mas não moeda falsa.

No art. 243 do texto o nosso cod. pen. prevê dous casos, o primeiro dos quaes, como dissemos expondo os motivos do projecto de 1893, havia sido objecto dum processo decidido pelos nossos tribunaes.

A decisão foi a seguinte :

« O facto de *apagar* ou *fazer desapparecer* o *carimbo*, pelo qual a Repartição de fazenda declara inutilisada uma nota do Thesouro Nacional, e com elle receber da Caixa de Amortização a respectiva importancia, como si fôra nota em circulação, *não* constitue crime de *moeda falsa*, mas de estellionato»: Revista crime n. 2650 de 1 de dezembro de 1888 no *Direito*, vol. 49, pag. 14.

Até certo ponto póde ser justificada em face do cod. crim. anterior, arts, 173 a 176, a decisão do aresto citado.

Entretanto, mesmo no vigor desse codigo, que no art. 174, incrimina o que « fabricar ou *falsificar* qualquer papel de credito, que se receber nas estações publicas *como moeda* etc.» a solução do caso não foi estrictamente juridica.

A locução generica de FALSIFICAÇÃO, diz Pessina, *abraça* tambem uma figura de facto que em França deu logar a sentenças discordantes da autoridade judiciaria, isto é, aquella de apagar num papel de credito publico a marca da annullação feita para pol-a novamente na circulação como papel moeda valido e sincero. Hélie notou como de grande rigor o aresto da Cassação franceza de 9 dezembrode 1807 que considerou subsistente a falsidade do papel moeda naquelle facto e invocando a autoridade doutro aresto da mesma Côrte de 25 de fevereiro de 1836, opinou que em tal caso a nota annullada em si mesma é uma nota verdadeira e não contrafeita, e que por isso não ha falsidade no papel de credito valendo como moeda [1].

Nós não podemos, responde Pessina, acceder á esta maneira de interpretação; porque a lei estabelece duas hypotheses (como nosso cod. ant art. 174), uma das quaes é a contrafacção (fabrico) *ex integro*, e outra é a *falsificação* e esta comprehende em si mesma o facto de dar ao papel moeda verdadeiro de valor inferior a apparencia de papel moeda de valor superior, como por exemplo, quando a um titulo de credito publico que representa uma renda de cinco liras se dá a apparencia dum titulo de cincoenta ou cem liras annualmente [2].

---

[1] auveau Hélie e Villey, OBR. CIT. 2º vol. n. 607, pag. 303.
[2] Pessina. ELEMENTI DI DIRITTO PENALE, Napoli, 1882-85, 3º vol. § 314, pag. 175.

O caso está agora comprehendido no Projecto de 1899, art. 234, pelo preceito geral de — dar mediante alteração, á moeda fóra de curso apparencia de moeda corrente.

A fonte foi o art. 249. III alinea do Projecto de 1893, cujas fontes foram o cod. allemão, § 146 e o cod. hungaro, art. 203, ultima alinea.

81. O outro caso previsto na segunda parte do mesmo art. 243 do nosso cod. é, pela costumada formula casuistica, o — de formar cedulas, ou bilhetes do Thesouro Nacional ou dos bancos, com fragmentos ou pedaços de outras verdadeiras.

A pena é irrisoria, porque trata-se do facto de fazer uma nota de valor superior com partes de notas de valor inferior.

E' um caso typico de alteração da moeda verdadeira, trate-se da moeda metallica ou de moeda papel, que estaria comprehendido no art. 242, 2ª parte, si não fosse o art. 243.

Os projectos comprehendem a especie, o de 1899, art. 234, segunda alinea no — alterar de qualquer modo moeda verdadeira, dando-lhe apparencia de valor superior.

No art. 244 e ultimo deste capitulo, o cod. prevê casos que são equiparados á moeda falsa e estão previstos em varias leis.

Já fizemos justiça a taes disposições que não precisavam figurar aqui, mesmo por improprias como formulas dum codigo.

Tudo quanto dissemos commentando este capitulo póde ter applicação *servatis servandis* aos projectos de revisão.

Assim, o de 1899, como fizeram todos os anteriores, arts. 234 e 235, abrange a materia do Codigo, arts. 239 a 243.

E' ainda assim que o Projecto, na primeira parte do art. 234, comprehende as quatro fórmas typicas da moeda falsa, contrafacção, alteração em geral, alteração da moeda fóra de curso para tornal-a corrente e introducção na circulação.

No § 1º, o Projecto contempla a fórma especial da *bilhonagem*; Codigo allemão art. 150; hungaro, art. 203.

No § 2º, o Projecto contempla a especie qua o Codigo omittiu da *fraude monetaria* que prevê.

A fonte do Projecto foi o primitivo e a deste os codigos citados.

O Codigo italiano, art. 258 e o allemão, § 148, referem-se a quem *recebe* de boa fé, como boa, moeda falsa e depois passa-a para evitar o prejuizo.

Receber, diz von Liszt, suppõe transferencia por parte de outrem, e portanto, não comprehende o facto de obter o agente as moedas por acto unilateral, *furtar*, *achar*, etc. [1]

A solução do Codigo hungaro, art. 203, é differente.

Assim, os traductores francezes deste Codigo, Martinet e Dareste, dizem :

« Esta expressão *kapott* é mais larga que a franceza, *reçu* (recebido) e comprehende *todos* os modos segundo os quaes se póde chegar á posse dum objecto. Ella se estende, por exemplo, aos objectos *achados* ou *furtados* [2].»

O nosso Codigo neste ponto attendeu ao que acontece *sempre*, a introducção da moeda falsa *lucri faciendi causa* : mas esqueceu a outra especie, *damni sibi vitandi causæ*.

Os interpretes do Codigo italiano, ao menos Carrara, Pessina, Negri, Crivellari e outros, não alludem á questão que estabelece o dissentimento a que nos referimos na especie entre o Codigo allemão e o hungaro.

A especie do art. 236 do Projecto é uma figura nova, que teve como fonte os codigos citados, para preencher a lacuna do nosso Codigo.

A' vista do silencio absoluto deste neste ponto, entre nós, não se póde processar por moeda falsa o fabrico, detentenção, etc... de instrumentos para contrafazer ou alterar moeda.

O facto é um acto preparatorio, como dizem Carrara e Pessina : só póde ser incriminado como delicto *sui generis* por disposição especial que aliás não existe. Alguns codigos não preveem mesmo a especie, deixando-a impune nessa phase de preparação do crime.

Assim, o codigo hungaro a omitte, consagrando, porém, a seguinte disposição :

« Art. 205. O *concerto* (*complot*, art. 132) tendo por fim commetter o crime determinado no art. 203, será punido, si fôr seguido dum acto *preparatorio*, com *tres mezes* de prisão, no maximo.»

Commentando este artigo, dizem os traductores do Codigo que este artigo não existia no Projecto. A Camara dos Deputados o havia votado com uma primeira redacção que punia sòmente a *provocação*, mesmo não seguida de effeito, com uma pena que podia ser elevada até um anno de prisão. A Camara alta abaixou a pena até tres mezes e exigiu que a provocação tivesse sido seguida ao menos por um *concerto* entre os culpados. Neste estado da questão, a Camara dos

---

[1] Von Liszt, TRATADO DE DIREITO PENAL, trad. do Dr. José Hygino. Rio de Janeiro, 1899, vol. 2º, pag. 390.

[2] Martinet e Dareste, CODE PENAL HONGROIS. Paris, 1885, art. 209, not. 1.

Deputados entendeu que era mais simples usar do termo já definido de *complot* e de referir-se ao art. 132. Donde se conclue que o art. 137 relativo aos casos de impunidade dos *complots* deverá igualmente ser applicado [1].

As leis, cujas disposições transcrevemos como texto em seguida ao do Codigo Penal, quasi não exigem explicação.

A primeira, de n. 515, de 3 de novembro de 1898, no art. 14, estabeleceu « que o crime de moeda falsa *não* prescreve em tempo algum *em favor* do réo domiciliado ou homisiado em paiz *estrangeiro*».

O Codigo Criminal, anterior de 1830, art. 65, dizia de modo geral: « as penas impostas aos réos não prescreverão em tempo algum.»

O decreto do Governo Provisorio n. 774, de 20 de setembro de 1890, arts. 4º e 5º estabeleceu a prescripção das penas, o que foi mantido no Codigo Penal vigente, arts. 71 e 72.

A nova lei nega mesmo a prescripção do crime, ainda não julgado, aos ausentes no estrangeiro.

Trata-se de materia de que já nos occupámos commentando a parte geral do Codigo objecto de outro livro. [2]

Essa lei estabeleceu medidas de rigor como essa, attendendo á impunidade e consequente desenvolvimento do crime de moeda falsa.

A Constituição Federal, no art. 72, dispõe:

« § 31. E' mantida a instituição do jury.»

Contra esse enxerto que não estava no projecto de constituição pronunciei-me explicita e formalmente no Congresso Constituinte. [3]

Não obstante a disposição constitucional, geral e imperativa, a citada lei n. 515 retirou do jury para os juizes seccionaes (federaes), o julgamento da *moeda falsa* e outros; e mais, negando-lhes, além da prescripção a fiança e consagrando o proprio effeito retroactivo, arts. 12 a 14.

Depois do erro constitucional, é o caso de dizer: *abyssus abyssum invocat*.

Mas, deante dos rigores da penalidade da moeda falsa; isto é, da pena de morte, até pouco tempo applicada e da prisão perpetua ainda hoje, é muito justa a observação de Garraud:

Não exaggeremos, emfim, os perigos publicos do crime de moeda falsa: « a melhor garantia da moeda nacional, dizia o relator da lei franceza de 28 de abril de 1832, *está na sua perfeição* ».

---

[1] Martinet e Dareste, COD. CIT., art. 205, not. 1.

[2] Do auctor: COD. COMMENTADO, ETC. Rio de Janeiro, 1896-97, 2º vol., pag. 317, XXXVII.

[3] Discurso na sessão de 28 de janeiro, 1891 — CONSTITUINTE — *Annaes do Congresso Nacional*, etc., vol. 2o, app., pags. 61 e 62.

E a estatistica tem vindo confirmar estas palavras. Depois de ter passado por augmentos successivos, de 1826 a 1850, o numero médio de accusações de moeda falsa experimentou em seguida oscillações sensiveis, de um periodo quinquennal a outro; mas, na realidade, o crime tende a decrescer: 66, algarismo maximo, de 1846 a 1850, e 34, de 1876 a 1880, seja 48 % menos.

A mesma proporção se tem mantido, mais ou menos, de 1881 a 1885, porque, durante este ultimo periodo, o numero médio annual de accusações foi de 49. [1]

A outra lei que consignámos tambem no texto, é a de n. 561, de 31 de dezembro de 1898, que, no art. 4º, retira tambem do jury o julgamento das infracções, que prevê.

Conforme os arts. 1º e 2º do texto, são equiparados á moeda falsa quaesquer titulos ao portador, ou com o nome deste em branco, sejam apolices ou outros de denominação differente, emittidos pelos governos dos Estados ou dos municipios, uma vez que sejam empregados como moeda; sendo a infracção sujeita á sancção do art. 241 do Codigo Penal.

A disposição é tão simples que não exige explicação; mas o principal responsavel pelo abuso foi o Governo Federal que não providenciou em tempo para ao menos tirar o pretexto para as emissões agora punidas.

Trata-se de um paiz vastissimo, de communicações difficeis e demoradas, de população disseminada, onde não ha a quantidade necessaria de moeda divisionaria, miuda, de troco, para as transacções.

82. Consignaremos a jurisprudencia applicavel do cod. crim. anterior e do vigente.

« As aggravantes dos §§ 4 e 9 do art. 16 do cod. crim. (cod. pen. art. 39, §§ 4 e 6) são elementares do crime de introducção de notas falsas na circulação » : Acc. Relação *Recife*, 18 de dezembro de 1874.

Sobre a *fraude* não ha duvida; não assim sobre o *motivo reprovado ou frivolo*.

O moedeiro falso, tanto póde ser arrastado pela miseria ao crime, como pratical-o para tornar-se opulento, motivo *reprovado*; ou para fazer fallar de si, para alcançar essa triste celebridade. Os famigerados Affonsos Coelhos são capazes disso; eis ahi o motivo *frivolo*

« Commette o crime de moeda falsa o individuo que introduz na circulação cedulas formadas de partes de cedulas verdadeiras »: Revista crime, n. 2566, de 3 de novembro de 1886.

---

[1] Garraud, Obr. cit., vol. 3º, pag. 80, n. 65.

Foi esse facto e talvez outros semelhantes que deram origem á disposição casuistica do cod. pen. art. 243, 2ª parte.

« O exame feito na Caixa de Amortização, á requisição da autoridade processante, por empregados habilitados, demonstra a falsidade das cedulas examinadas e equivale a corpo de delicto dirigido e presidido por autoridade policial ou judiciaria.

« A *passagem* de moeda falsa em dias diversos e a differentes individuos não constitue por isso mais de um crime, para que aos seus autores seja applicado o maximo da pena em que incorreram com o augmento da sexta parte, nos termos do art. 66 do cod. penal.

« O tribunal superior póde impôr ao appellante pena maior do que a imposta na sentença appellada »: Acc. do Supremo Tribunal Federal, 23 de setembro de 1899 [1].

A primeira parte deste ultimo aresto está de accôrdo com outros da jurisprudencia italiana sobre o art. 256, parallelo ao 241 do nosso ; era a hypothese no caso e conforme a qual, nos termos de tal artigo, se tem num crime só (até) quando o *mesmo falsificador* de moedas as dispende ou as mette em circulação. Portanto, applica-se uma só vez a pena comminada pelo citado artigo [2].

O caso não é identico, mas é semelhante, ou antes mais grave, porque é réo que reune as funcções de *falsificador e passador*. Carrara parece ser da mesma opinião.

Contra o Accordão, em ambas as suas partes, fez interessantes observações, uma das nossas mais nataveis revistas juridicas [3].

« O individuo que falsifica, ao mesmo tempo, bilhetes, ou notas do Thesouro e cedulas de qualquer estabelecimento bancario commette um só crime e não dous »: Acc. Relação da *Corte* [4].

« Considerande que tendo sido convencidos os tres ultimos réos da autoria e coparticipação de dous crimes da mesma natureza (arts. 241 e 247), não se lhes podiam impôr conjunctamente as penas marcadas para os dous crimes, porém, sómente a pena mais grave, no gráo maximo de um delles, com o augmento da sexta parte, como determina o § 2º do art. 66 do cod. penal »: Acc. do Supremo Tribunal Federal, 2 de agosto de 1896.

---

[1] O DIREITO, vol. 7º, pag. 592 ; vol. 41, pag. 635 ; vol. 81, pag. 112, e vol. 82, pag. 386.

[2] Crivellari, OBR. CIT., vol. 7º, pag. 173, n. 35, III.

[3] REVISTA DE JURISPRUDENCIA, Rio de Janeiro, 1900, vol. 8º, pag. 153 ; Carrara, PROGRAMMA, Part. Spec. vol. 7º pag. 270, § 3582.

[4] Paula Pessoa, COD. CRIM. ANNOTADO, Rio de Janeiro, 1877, art. 174, not. 539, pag. 286.

E' muito duvidosa a doutrina do aresto em face do cod. pen. porque no art. 40 define o crime da mesma natureza *para os effeitos da lei penal,* em geral, « o que consiste na violação do *mesmo* artigo ! »

Ora, na especie se tratou de passar moeda falsa e falsificar estampilhas de sello, factos previstos nos dous distinctos artigos citados.

« Sendo a fraude elemento constitutivo do crime de introducção de notas falsas, não póde ser considerada circumstancia aggravante para elevação da pena. Em falta de qualquer outra aggravante e não havendo attenuantes, a pena legal é a do gráo médio»: Acc. do Supremo Tribunal Federal 3 de fevereiro de 1897 [1].

« As circumstancias dos §§ 8º e 17 do Codigo criminal (Codigo penal, art. 39, §§ 2º e 13, premeditação e ajuste) não são elementares e sim aggravantes no crime de moeda falsa »: Accórdão da Relação da *Côrte,* de 2 de abril de 1878 — *O Direito,* vol. 16, pag. 613).

« Incorre no art. 174 (Codigo Penal, arts. 239 e 240), aquelle que fabrica moeda tão grosseiramente que não possa passar por boa »: Revista crime n. 2140, de 18 de outubro de 1873.

A decisão deste aresto é muito absoluta.

Talvez tivesse concorrido para ella uma velha disposição encarnada no nosso direito.

Effectivamente, em relação á moeda de *cobre,* a lei n. 52, de 3 de outubro de 1833, dispõe o seguinte :

« Art. 7.º Julgar-se-á falsa, e como tal sujeita a todas as disposições a respeito, a moeda de *cobre* que fôr *visivelmente imperfeita em seu cunho,* ou que tiver de menos a oitava parte do peso com que foi legalmente emittida nas differentes provincias. »

E' verdade que no Projecto de 1893 não adoptámos a attenuante do Codigo italiano, art. 259, para o caso em que a falsidade seja facilmente reconhecivel; mas o aresto póde autorisar a punição até de fraudes, mediante cousas que não são moeda, como si o fossem. A' vista do que acima expuzemos, nossa opinião é muito differente (n. 79).

Carlos Perdigão conforma-se com o aresto.

« Commette o crime do art. 175 (Codigo Penal, art. 241), aquelle que introduz dolosamente na circulação, embora com outras moedas estrangeiras, libras esterlinas falsas, moedas estas que teem curso legal neste Estado, por serem recebidas nas estações publicas»: Revista crime n. 2325, de 29 de março de 1879.

---

[1] Supremo Tribunal Federal—JURISPRUDENCIA, ETC., em 1896, pag. 115; em 1897, pag. 111.

Devemos notar que o nosso Codigo penal vigente pune o crime de moeda falsa *estrangeira*, art. 239.

« Incorre no art. 175 (Codigo Penal, art. 241) o que introduz na circulação nota falsa, sabendo que o é »: Accórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de abril de 1879 [1].

« Considerando que estando duvidoso, si o réo recebeu as notas reconhecidas falsas de *boa* ou má *fé*, e não se tratando de dolo civil, em que poderá ser admissivel a prova presumptiva, mas sim de dolo criminal, *não* póde o appellado *ser condemnado* por virtude de presumpções, ainda que vehementes sejam, e sendo, como é, a prova duvidosa »: Accórdão da Relação da *Côrte*, de 23 de março de 1873 [2].

A' vista do que acima dissemos, preferimos a doutrina deste aresto á do anterior.

Deixámos de tratar neste titulo dos papeis, cuja emissão é tambem vedada sob a sancção penal da lei n. 177 A, de 15 de setembro de 1893, art. 3º, § 1º, porque taes papeis não são moeda falsa, nem a esta aquiparados.

Isto é bem demonstrado por Inglez de Souza, numa obra recente, na qual aliás elle commenta a citada disposição penal daquella lei especial.

Effectivamente, ao facto incriminado faltão as caracteristicas da moeda falsa, porque si a respeito da moeda, como a respeito dos direitos *reaes*, se póde dizer que vale *erga omnes*, maximé num paiz, como o nosso em que toda a moeda fiduciaria, seja nacional ou dos bancos, tem curso forçado, nada disto se realisa no papel particular, contendo promessa de pagamento em dinheiro, ao portador ou com o nome deste em branco.

Entretanto, na presupposição talvez de considerar tal papel como um equivalente da moeda, ao menos miuda ou de troco e assim concurrente á do Estado, cujo monopolio viola, a lei citada pune o facto que o nosso Codigo penal havia omittido, seguindo nós este exemplo nos nossos projectos de 1893 e 1897, não assim o de 1896, que, convertido no de 1899, contém um capitulo especial, o 2º deste titulo, com um artigo nestes termos, sob a epigraphe de *emissão illegal*.

« Art. 237. Emittir, sem autorisação legal, nota, bilhete, vale postal, formula com valor, papel ou titulo ao portador, ou com o nome deste em branco :

Pena — multa do quadruplo do valor emittido, a qual recahirá integralmente tanto sobre aquelle que emittiu, como sobre o portador.»

---

[1] Carlos Perdigão, MANUAL DO COD. PENAL. Rio de Janeiro, 1882, 1º vol., pags. 470, 473 e 489.

[2] Ferreira Tinoco, COD. CRIM. ANNOTADO. Rio de Janeiro, 1886, art. 175 not. 161, pag. 301.

Tres differenças ha entre o projecto e a lei.

O projecto é absoluto e nem contém a resalva da autorisação legislativa para a emissão; depois, enxerta, não sei porque o *vale postal* e a *formula com valor;* e finalmente supprime a pena de prisão simples de quatro a oito mezes comminada pela lei.

Encarnadas neste titulo taes figuras, entre a moeda falsa e congeneres, aliás punidas com pena contravencional, é forçoso applicar-lhe os principios geraes do titulo que aqui temos exposto.

Em relação, porém, á especialidade de taes figuras e á sua correlação civil e criminal com os *titulos ao* portador, reportámo-nos ao livro especial que já citámos na parte indicada, onde se discute tambem a questão de competencia do processo alheia á nossa tarefa [1].

CAPITULO II

FALSIDADE EM SELLOS, ESTAMPILHAS E OUTRAS

CODIGO

Art. 245. Falsificar papeis de credito do Governo Federal, titulos da divida publica, bilhetes e letras do Thesouro Nacional ou do Governo dos Estados, que não circulem como moeda:

Penas — de prisão cellular por um a quatro annos, multa de cinco a 20 % do damno causado e perda, para a Nação ou Estado, do papel achado e dos objectos destinados á falsificação.

Art. 246. Falsificar o sello publico do Governo Federal ou dos Estados, destinado a authenticar ou certificar actos officiaes:

Pena — de prisão cellular por seis mezes a um anno.

Art. 247. Falsificar estampilhas, sellos adhesivos, vales postaes ou coupons de juros de titulos da divida publica:

Penas — de prisão cellular por um a quatro annos e multa de cinco a 20 % do damno causado.

Art. 248. Falsificar bilhetes de estradas de ferro, ou de qualquer empreza de transporte, pertencentes á Nação ou aos Estados:

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno e multa de cinco a 20 % do damno causado.

Art. 249. Falsificar cheques e outros papeis de bancos, letras e titulos commerciaes de qualquer natureza, sejam ou não, transferiveis por endosso:

Penas — de prisão cellular por um a quatro annos e multa de cinco a 20 % do damno causado ou que se poderia causar.

Art. 250. Usar de qualquer papel, ou titulo, dos indicados precedentemente, como verdadeiro, sabendo ser falso:

Penas — as do artigo antecedente.

---

[1] H. Inglez de Souza, TITULOS AO PORTADOR, Rio de Janeiro, 1898, pag. 93, cap. III, *per totum*.

COMMENTARIO

83. Justificando o Projecto de 1893, seguido neste capitulo pelos posteriores, conforme notámos na *exposição de motivos* do de 1897, dissemos naquella do primitivo:

« O projecto comprehende tambem a falsificação e o uso respectivo do sello, estampilhas fiscaes e postaes e bilhetes de estradas de ferro e outras emprezas de transporte, assim como de cunhos, sellos e marcas de contrastes, etc. Alterou-se os artigos correspondentes do vigente Codigo penal para excluir factos mal qualificados sob esta epigraphe e melhorar a redação dos mesmos artigos, *verbi gratia*, relativamente á falsidade de bilhetes de emprezas de transporte que o codigo restringiu ás de propriedade de União ou dos Estados, sem razão plausivel, incluindo-se afinal especies congeneres que escaparam ao novo codigo[1]. »

A materia dos artigos do texto está catalogada na 1ª secção do cap. II com o subtitulo — das falsidades — neste titulo do Codigo.

A classificação, como sempre, é injustificavel, conforme veremos melhor com a analyse da materia, confrontando-se este capitulo com o dos projectos de revisão.

O Estado, diz Pessina, e os outros entes moraes que vivem sob a tutella do Estado, adoptam algumas fórmas abreviadas que são signaes ou symbolos da sua autoridade (*stemma*, *signum publicum*, *emblema*) e se servem dellas para authenticar a proveniencia dum acto delles; e para obter a uniformidade constante destes signaes são adoptados instrumentos para impressão dos mesmos sobre certas cousas, como são os sellos, cunhos, marcas ou carimbos, punções e utensis semelhantes. Algumas dentre as legislações do seculo 19º, seguindo o Codigo francez de 1810, herdaram sobre esta materia os mesmos rigores tradicionaes com que era punida a moeda falsa, chegando até a punir com a morte a falsificação do sello do Estado[2].

A Orden. Liv. 5º, Tit. 52, pr., punia tambem com a morte os que falsificavam o signal ou sello do Rei.

Mas o senso juridico dos criminalistas modernos orientou outras legislações contemporaneas por um caminho diverso e mais rasoavel. O Codigo italiano de 1859 moderou um pouco o rigor do Codigo francez; mas, com o exemplo de varios Codigos allemães, o Codigo toscano de 1853 considerou este delicto reduzindo-o á sua fórma mais simples e verdadeira.

---

[1] Exposição de motivos *do Projecto* de 1893, pag. 14.
[2] Chauveau, Hélie e Villey, Obr. cit., 2º vol., pag. 306, n. 310

O Codigo italiano vigente seguiu a orientação do Codigo toscano e descendo ás especialidades desta fórma de delinquencia, lhe fixa normas acceitaveis [1].

O Codigo penal no texto desta secção intercallou disposições, como as dos arts. 245 e 249 no meio doutras muito diversas, embora em relação á materia geral do titulo, aliás tão subdividida em especialidades.

O nosso Codigo fez o mesmo que se nota no art. 139 do Codigo francez, sobre cujas disposições observa com rasão Garraud, que pune taes crimes que não se assemelham senão pelo nome: « a contrafacção do sello do Estado e a contrafacção ou falsificação, quer de effeitos emittidos pelo Thesouro Publico com seu timbre, quer de bilhetes de banco, autorisados por lei ». Teria sido mais logico regular estes crimes distinctamente. E com effeito, entretanto que a contrafacção do sello do Estado tem uma grande analogia com os crimes previstos pelos arts. 140 e seguintes (arts. 246 e 247 do nosso), a contrafacção dos effeitos publicos, dos bilhetes de banco assemelha-se, quer ao crime de falsidade em escriptura publica, quer ao crime da moeda falsa.

E' mister notar, emfim, que a lei pune a *contrafacção* ou *falsificação, ou so* e a *introducção* em França dos effeitos de bilhetes contrafeitos ou falsificados, mas não faz questão da sua *exposição*. Deve-se concluir que o facto, commettido por um cambista, de offerecer ao publico em sua vitrina ou mostrador bilhetes de banco, que elle sabe serem contrafeitos com a intenção de pol-os em circulação, não cahiria sob a sancção de nenhuma disposição de nossas leis repressivas. [2]

Realmente não se poderia considerar este facto como um começo de execução da introducção na circulação, isto é, do uso, mas quando muito como uma preparação deste uso. [3]

Esta doutrina se adapta á interpretação dos arts. 245 e 249 do nosso codigo, que parece ter tido aqui como fonte o codigo francez, a censura do qual tambem lhe cabe; assim como é de notar que o nosso codigo, em relação aos papeis do art. 249, só se refere ao seu uso, como é expresso no art. 250.

Sobre a materia do art. 245 do nosso codigo parallela ao art. 139 daquelle outro, diz Garraud que se trata de effeitos que o thesouro publico põe em circulação, depois de tel-os revestido com o seu timbre, para amoedal-os, taes como os *bons* do thesouro. Estes effeitos representam o papel de moeda e sua contrafacção póde ser assemelhada, sob o ponto de vista da repressão, á das moedas de ouro ou de prata (art. 132, § 1).

---

[1] Pessina, MANUALE CIT. Part. sec. § 198. pag. 217.
[2] Garraud, OBR. CIT. 3º vol. pag. 110, n. 91
[3] Hélie, PRATIQUE CRIMINELLE CIT. 2º vol. pag. 147, n. 231.

A condição constitutiva do crime, condição que deve figurar na qualificação e no quesito proposto ao jury, é que a contrafacção ou falsificação tenha versado sobre os effeitos do thesouro revestidos do seu timbre. Dahi tres consequencias: 1ª a disposição seria evidentemente inapplicavel á contrafacção dos effeitos emittidos pelo thesouro, que não tivessem seu timbre; 2ª ella seria tambem inapplicavel, bem que se possa duvidar, á contrafacção dos effeitos que levam habitualmente o timbre do thesouro, si o autor da contrafacção não tivesse imitado este timbre sobre o effeito emittido. Este acto seria sem duvida alguma punivel, mas cahiria sómente sob a comminação dos arts. 145 e 147 do codigo francez (208, 258 e 259 do nosso) conforme o autor do crime fosse ou não funccionario publico; 3ª não se póde igualmente assemelhar aos effeitos do thesouro, cuja contrafacção é reprimida pelo art. 139 (245 do nosso) os chamados *bons* obsidionaes *obsidionaux*, que se emittem ás vezes numa cidade sitiada para representar a moeda metallica e que são assignados pelo chefe militar ou chefe civil, pelo general ou pelo prefeito [1].

Sobre o mesmo art. 139 do codigo francez parallelo ao art. 249 do nosso, ainda os mesmos autores, variando ligeiramente na fórma observam que a disposição relativa «á contrafacção ou falsificação de bilhetes de banco autorisados por lei» só se pode applicar aos bilhetes do Banco de França, pois que este estabelecimento tem o monopolio exclusivo, em França, da emissão de *bons* ao portador, immediatamente conversiveis em moeda metallica, mediante sómente a sua apresentação. Os *bons* emittidos pelos outros bancos não constituem sinão *escriptos* ou *papeis* de commercio ou de banco, e, por conseguinte, á contrafacção ou falsificação não é imposta sinão a pena estabelecida pelo art. 147, que corresponde aos arts. 258 e 259 do nosso.

Em todos esses crimes a lei assemelha o *uso* ou a *introducção* á *contrafacção* ou á *falsificação*. O uso constitue um crime distincto (nosso codigo, art. 250), quando elle é commettido por qualquer outra pessoa que não o contrafactor mesmo. Neste caso, não é necessario que tenha havido intelligencia e accôrdo ou concerto entre aquelle que emitte um bilhete de banco, ou um *bon* do thesouro falsificado, e aquelle que o fabrica; é mister, mas basta que o uso tenha tido logar com conhecimento de causa, *scientemente*. [2]

---

[1] Blanche & Dutruc, OBR. CIT. 3º vol. pag. 108, n. 82; Garraud, OBR CIT. 3º vol. pag. 112, n. 93.

[2] Chauveau, Hélie e Vielley, OBR. CIT. 2º vol. pag. 299, n. 604; Blanche & Dutruc, OBR. CIT. 3º vol. pag. 109, ns. 83 e 84; Garraud, OBR. CIT. 3º vol. pag. 113, ns. 94 e 95.

E' o que resulta tambem do nosso codigo, arts. 245, 249 e 250, combinados.

O systema do nosso codigo na classificação dos arts. 245 e 249 diverge muito dos projectos posteriores.

Assim, a figura do art. 245 comprehende o facto de « falsificar papeis de credito do Governo Federal, titulos da divida publica, bilhetes e letras do thesouro nacional ou do governo dos Estados que não *circulem como* moeda. »

O codigo esqueceu os municipios, inclusive o mais importante da Republica, o do districto federal.

Conforme os projectos posteriores e o definitivo de 1899, art. 235, todos os titulos a que se refere o artigo do texto são considerados como moeda ou á ella equiparados e, pois, estão comprehendidos no capitulo anterior que já commentámos.

Do mesmo modo o codigo no art. 249 considera uma figura especial deste capitulo o facto de — « falsificar cheques e outros papeis de bancos, letras e titulos commerciaes de qualquer natureza, sejam ou não transferiveis por endosso ».

A disposição é um pouco vaga e obscura ; mas, segundo os citados projectos, o de 1899, arts. 235 e 253, combinados, o que dentre taes titulos não fôr considerado moeda ou á esta equiparado, está collocado entre as escripturas publicas, applicando-se a pena respectiva no caso de falsidade delle.

Os projectos definiram com precisão as especies nos arts. 235 e 253.

84. Passando agora á materia propriamente deste capitulo, é a primeira figura do texto a do art. 245 do codigo que os projectos reproduziram menos na pena que foi augmentada, e accrescentando-se ao sello da União e dos Estados, o dos municipios, conforme o projecto de 1899, art. 238.

Quanto á União, o decreto do Governo Provisorio n. 4, de 19 de novembro de 1889 — estabelece os distinctivos da bandeira e das armas nacionaes, e dos *sellos e sinetes* da Republica — dizendo quanto á parte que nos interessa :

« Art. 3.º Para os *sellos e sinetes* da Republica servirá de symbolo a esphera celeste, qual se debuxa no centro da bandeira, tendo em volta as palavras — *Republica dos Estados Unidos do Brazil*.

E conforme o art. 1º é — « a esphera celeste azul, atravessada por uma zona branca em sentido obliquo e descendente da esquerda para a direita, com a legenda — *Ordem e Progresso* — e ponteada por vinte e uma estrellas, entre as quaes a da constellação do Cruzeiro, disposta na sua situação astronomica, quanto á distancia e ao tamanho relativos, representando os vinte Estados da Republica e o Municipio Neutro. » (Districto Federal).

Sobre a especie, parallela á uma do art. 139 do codigo francez, dizem os seus interpretes que o sello do Estado

não se deve confundir com o timbre nacional e os sellos das autoridades, de que tratam os arts. 140 e 142 (247 do nosso); na pratica administrativa se distingue em grande e pequeno sello. O grande é o que é reproduzido em relevo sobre lacre; o pequeno não consiste sinão numa impressão a secco. O primeiro é preso por laço ou qualquer presilha ao objecto, o outro lhe é applicado directamente.

Mas esta distincção não tem importancia ácerca do crime de que tratamos, porque a lei pune a *contrafacção* ou o *uso* tanto do pequeno como do grande sello. Não é questão, de resto, da *falsificação* que restaria impune. [1]

O nosso codigo, arts. 246 e 250, pune a falsificação e o uso; e o decreto citado se refere a sello e sinete.

A seu turno dizem Chauveau e Hélie que não crêem que tal disposição tenha jámais sido applicada. Trata-se aqui de um crime, por assim dizer imaginario. O grande sello do Estado não é apposto sinão a alguns dos actos emanados da autoridade superior e esta apposição, que não é mais do que uma simples formalidade não ajunta força alguma ao acto mesmo; nenhum interesse pois ha em contrafazel-o. [2]

A' vista do que dizem os autores francezes, parece que do extremo rigor tradicional chegou-se á indifferença do acto ou á sua impunidade pelo desuso da lei, ou inopportunidade de applicação.

Entretanto, sobre o art. 264 do codigo italiano parallelo tambem ao art. 246 do nosso, diz, ao contrario, Crivellari que o sello do Estado é aquelle que se applica aos actos, leis ou decretos que fazem parte da collecção official dos actos governativos, e de tal apposição se faz menção na formula da promulgação, conforme a lei de 23 de junho de 1854, n. 1735. A sua guarda e applicação competem ao ministro guarda-sellos. Qualquer publicação de lei ou decreto não revestida delle seria *nulla*.

Disto se comprehende qual seja a importancia desse signal e como a sua contrafacção acarretaria consequencias graves.

Para garantir a authenticidade della de qualquer ataque, para reprimir qualquer ataque que á tal authenticidade seja feito é entendida a disposição em exame. [3]

Entre nós não ha ministro que seja guarda-sellos.

Conforme a lei n. 23 — de 30 de outubro de 1881, que *reorganisa os serviços da Administração Federal*, ao ministro da justiça não foi attribuida tal funcção e — « os actos

---

[1] Blanche & Dutruc, Obr. cit. vol. 3º pag. 106, n. 81; Garraud, Obr. cit., vol. 3º, pag. 111, n. 92.
[2] Chauveau, Hélie e Villey, Obr. cit., vol. 2º, pag. 306, n. 610.
[3] Crivellari, Obr. cit., vol. 7º, pag. 194, art. 264, n. 52.

do Poder Executivo sob a fórma de decretos ou regulamentos serão expedidos com a assignatura do Presidente da Republica e do Ministro respectivo » — arts. 4º e 8º.

Justificando no codigo italiano a disposição parallela ás dos arts. 246 e 250 do nosso, Carrara nota que o legislador tem punido tanto a contrafacção do sello do Estado como o uso do mesmo, ainda que contrafeito por outros.

Na primeira figura deste crime, a lei não se occupa absolutamente si aquelle que tem contrafeito o sello, o tinha contrafeito para servir-se delle, como no falsificador da moeda não cogitou de determinar a priori o escopo de pól-a em circulação. Sobre esta classe de crimes, o dolo é intuitivo na acção mesma da adulteração, e as consequencias damnosas são tão graves, que não é necessario subtilizar muito sobre os detalhes que servem a concretisar o crime. Não é só o damno material que a lei tem em mira, punindo os crimes de falsidade, mas tambem o damno potencial, o qual assume maior ou menor proporção, quer pelos objectos contrafeitos, quer pelo modo da contrafacção, quer finalmente pelo destino dos objectos mesmos. [1]

Sejam quaes forem, porém, as divergencias entre a pratica do direito francez e italiano e as consequencias resultantes do rigor deste ultimo, é certo que entre nós o facto é punido porque póde acarretar não nullidades, mas damnos e prejuizos, facilitando por outro lado a realisação de outros crimes.

A falsificação do sello do Estado póde concorrer para levar mais facimente a effeito a falsificação de um titulo ou diploma em que se costuma appôl-o , póde facilitar a abertura de envolucros encerrando papeis, cujo conteúdo deve ficar em segredo, ao menos durante algum tempo e em outros casos.

E' com razão o que o legislador pune nos arts. 246 e 250 nas condições do nosso direito que diverge assim, tanto do direito italiano como do francez.

Passemos ao art. 247 em que o cod. pen. pune quem falsificar estampilhas, sellos adhesivos, vales postaes ou *coupons* de juros de titulos da divida publica.

Quanto a esses *coupons*, todos os projectos e o de 1899, art. 235, os equipara á moeda, incluindo-os na falsidade desta de que nos occupamos no cap. I deste titulo.

Em relação á materia de que vamos nos occupando e em geral do titulo, justificando os arts. 264 e segs. do cod. ital. parallelos aos do nosso, dizia o ministro Zanardelli em 1887, que a autoridade social adopta os signaes que se chamam sellos, sinetes, cunhos, carimbos, quer para attribuir authen-

---

[1] Carrara, Commento cit., art. 264, pag. 168.

ticidade aos proprios actos, quer para certificar, sob a garantia da fé publica, a identidade, a bondade ou legitimidade de algumas cousas determinadas, quer finalmente, como meio para arrecadar algumas taxas. De onde é de interesse universal tutellar a sinceridade dos sellos officiaes, declarando ser delicto contra a fé publica qualquer alteração maliciosa dos mesmos sellos. [1]

Estas são as razões da lei, diz Majno, a qual talvez, com as disposições do presente cap. se tem deixado dominar por aquelle fetichismo, pelos symbolos que já temos tido occasião de notar commentando o art. 201 (n. 986). Si de facto em algum caso a falsificação de sellos ou cunhos representa já por si mesma a violação effectiva de um direito, muitas vezes ao contrario ella não é sinão o complemento de uma falsidade documental com a qual poderia confundir-se. [2]

A observação de Majno não é applicavel ao nosso cod. que é até escasso na materia, nem mesmo aos projectos de revisão que ainda teem lacunas diante da profusão nos ultimos annos das disposições fiscaes sobre a variedade de sellos dos diversos impostos, maximé federaes.

Os projectos de revisão, acostando-se mais ao cod. ital. e o de 1899, no cap. III deste titulo desenvolve as especies do art. 247 do titulo e a exemplo das disposições sobre a moeda falsa, consigna numerosas modalidades das alludidas especies em relação ás estampilhas, sellos, cunhos instrumentos acerca da falsificação, uso de uns e outros, detenção etc.

Essas modalidades, como já notámos, escaparam ao codigo mesmo quanto á moeda falsa.

Os regulamentos fiscaes estabelecem penas pecuniarias para factos sinão identicos, semelhantes, em alguns casos sem prejuizo da pena criminal do art. 247 ou de outra qualquer sobre a falsidade de papeis em geral.

88. No art. 248 o cod. pune a quem falsificar bilhetes de estrada de ferro ou de qualquer empreza de transporte pertencente a nação ou aos Estados e cujo uso comprehende a norma geral do art. 250.

O cod. pen. aqui, além de restringir muito a disposição, ainda omittiu o Municipio que no Districto Federal conta as mais importantes emprezas de transporte.

E para melhor intelligencia do artigo do texto e dos projectos que o modificaram vamos relembrar o estudo da sua fonte, o cod. ital., art. 273.

---

[1] Relazione ii de 1887, n. CXIX.
[2] Majno, obr. cit. 1º vol. art. 264, pag 732, n. 2.020.

E' punida neste artigo, diz Crivellari, a contrafacção ou alteração dos bilhetes das vias ferreas ou de outras emprezas de transporte e o uso de taes bilhetes contrafeitos ou alterados.

O codigo de 1859 (como o nosso de 1830) não continha disposição alguma a respeito, e por isso tinha surgido a duvida sobre a natureza do crime que se commettesse com aquelle facto, isto é, si era falsidade em escriptura publica ou um crime de falsidade innominado. A côrte de Cassação de Turim resolveu em 1885 a questão declarando constituir o facto aquella ultima especie contra a opinião do Procurador Geral que sustentava tratar-se de falsidade em escriptura publica.

Tambem Ambrogio Negri lembra que a commissão da camara dos deputados observava não dever estar comprehendida, como delicto contra a fé publica, a falsificação e o uso de taes bilhetes falsificados, das vias ferreas e menos ainda a falsificação dos carimbos ou sinetes de outras emprezas publicas de transporte de pessoas ou cousas ou o uso destes instrumentos falsificados.

Si tal disposição podia talvez subsistir a respeito dos bilhetes das vias ferreas porque se póde dizer que a propriedade dos bilhetes das vias ferreas é sempre do Estado e a administração dellas concedida á uma sociedade provém da administração das obras publicas e que vias ferreas poderiam em qualquer dia reverter ao Estado; não acontece o mesmo pelo que respeita ás emprezas publicas de transporte, como são os *omnibus* e os *tramways*.

A industria do transporte não differe de nenhuma das outras industrias; e se não é crime contra a fé publica falsificar o bilhete de entrada num theatro, não se vê porque deva ser crime contra a fé publica falsificar o bilhete de uma empreza de transporte.

O ministro Zanardelli não acolheu essa observação tendente a abolir a disposição do art. 273. A censura era dirigida especialmente á contemplação em tal especie penal das emprezas de transporte.

Mas, o ministro, para não acolher aquella observação aliás assás fundada, inspirou-se na idéa de favorecer o commercio equiparando ás vias ferreas tambem as outras emprezas de transporte que de certo modo a ellas se alliam.

Duas são as hypotheses previstas (arts. 248 e 250): a primeira está no facto material da contrafacção ou simples alteração; a segunda no uso dos bilhetes contrafeitos ou alterados, ainda que sem o concurso da falsificação, desde que, porém, esta seja conhecida no momento do uso.

A commissão de revisão, diz Crivellari, propunha que fossem consideradas como emprezas publicas de transporte sómente aquellas que fossem autorisadas pelo Estado, por

uma provincia ou por uma Communa, não considerando ter direito á esta protecção as outras emprezas que estivessem privadas desta autorisação. Tal proposta, porém, não foi acolhida; em todo caso cremos que sob o nome de emprezas publicas de transporte não se deve entender uma empreza qualquer, mas aquellas que funccionarem autorisadas por uma autoridade publica. [1]

Os projectos de revisão e o de 1899, art. 240, alargaram o sentido da disposição, sendo-lhe entretanto applicaveis as modalidades das normas geraes sobre as especies deste capitulo.

Os bilhetes referem-se por sua generalidade ás *pessoas* ou *cousas*.

O art. 250 do texto consagra uma norma geral em relação ao capitulo sobre o uso doloso de tudo quanto se prevê nas especies dos arts. 245 a 249 e por isso não precisa mais explicação.

Os projectos de revisão contém mais uma figura nova que no de 1899 é a seguinte:

« Art. 242. Contrafazer ou alterar marca, sello ou cunho de contraste ou avaliador, cujo certificado tenha, por lei, fé em juizo:

Pena — prisão com trabalho por quatro mezes a um anno».

A disposição não figura no codigo italiano, mas vê-se desde o codigo francez, art. 140; codigo hungaro, art. 412; hollandez, art. 217; portuguez, art. 230; e hespanhol, art. 215.

A falsificação das marcas dos fieis contrastes não póde ter outro objecto, diz Pacheco, que o commetter um verdadeiro roubo, dando por metal bom e de lei o que não é sinão falso e depreciado. Este roubo, porém, mais vil que o de um particular, porque é dirigido contra a sociedade inteira não póde deixar de ser um delicto publico desde que destróe as garantias ordenadas pela lei para garantir a tranquilidade e segurança das trocas.

No mesmo sentido se manifesta Silva Ferrão [2].

Sabe-se, diz Blanche que o ouro e a prata, em razão da sua grande ducilidade, não podem ser empregados ou trabalhados em estado de perfeita pureza. E' mister, para dar-lhes a dureza que lhes falta, juntal-os em proporções diversas a outros metaes inferiores. Em França, a indus-

---

[1] Crivellari, OBR. CIT., vol. 7º pag. 200, art. 273, n. 61; Negri, *in* Cogliolo, OBR. CIT., vol. 2º, part. I A, pag. 390, n. 110; Majno, OBR. CIT. 1º vol. art. 273, pag. n.

[2] Pacheco, EL CÓDIGO PENAL *concordado y comentado*, Madrid, 1888—1889, 2º vol. art. 215, pag. 265; Silva Ferrão, THEORIA DO DIREITO PENAL ETC. Lisboa, 1856—1857, vol. 5º, art. 230, pag. 231.

tria não é livre em variar estas proporções como ella o entende. Julgou-se prudente a regulamentação a este respeito. Ella não póde sinão escolher entre as *ligas* autorisadas pela lei; ella é obrigada a fabricar todas as obras argentarias ou de ourivesaria conforme um dos *titulos* prescriptos, isto é, de fazer entrar em sua composição uma ou outra das quantidades que a lei tem tido o cuidado de determinar. Estas terião ficado provavelmente inefficazes si a lei não tivesse commettido ao governo assegurar a execução pela fiscalisação dos estabelecimentos de garantia e applicação das *marcas*. E' a contrafacção ou falsificação desta marca que o art. 140 do codigo francez pune [1].

Eis a explicação da nova figura dos projectos.

Na nossa jurisprudencia não ha quasi arestos colleccionados sobre a materia deste capitulo.

« O crime de fabricação ou falsificação de estampilhas de sello adhesivo não é crime de moeda falsa. » Revista crime n. 2.610 de 4 de fevereiro e Accordão Revisor de S. Paulo de 8 de maio de 1888.

Taes arestos forão proferidos na vigencia do codigo criminal anterior que silenciava na especie do art. 247 do codigo penal actual.

« Crime de falsificação de estampilhas do sello federal (art. 247 do codigo penal) e de apolices de divida publica estadoal (art. 245), ainda que commettidos pelos mesmos individuos com as circumstancias de contemporaneidade dos factos e identidade de instrumento, nenhuma relação de connexidade têm entre si. Pelo que, seus respectivos processos devem correr em juizos diversos, competindo á justiça federal o processo e julgamento do primeiro e á justiça local o do segundo dos ditos crimes.» Accordam do Supremo Tribunal Federal, 5 maio 1897 [2].

CAPITULO III

FALSIDADE EM PAPEIS

CODIGO

Art. 208. Commetterão tambem prevaricação os funccionarios publicos que:

1º, fabricarem qualquer auto, escriptura, papel ou assignatura falsa, em materia pertencente ao exercicio de suas funcções;

2º, attestarem como verdadeiros, e feitos em sua presença, factos e declarações não conformes á verdade; omittirem ou alterarem declarações que lhes fossem feitas;

---

[1] Blanche, Obr. Cit. vol. 3º, art. 140, pag. 131, n. 95.
[2] O Direito, vol. 46, pags. 57 e 426; vol. 73, pag. 546.

3°, falsificarem cópia, certidão, ou publica-fórma, de um acto de officio, seja suppondo um original que não existe, seja alterando o original ;

4°, attestarem falsamente a identidade, estado das pessoas e outros factos em acto do officio, destinado a provar a verdade desses mesmos factos ;

5°, cancellarem, ou riscarem, algum de seus livros officiaes ; não darem conta de autos, documentos, ou papel que lhes fossem entregues em razão do officio, ou os tirarem de autos, requerimentos ou representações a que estivessem juntos e lhes tivessem ido ás mãos, ou poder, em razão do emprego ;

6°, passarem certidão, attestado, ou documento falso, para que alguem seja incluido, ou excluido, do alistamento eleitoral:

Penas — de prisão cellular por um a quatro annos, perda do emprego e multa de 200$ a 500$000.

Art. 258. Fazer escriptura, papel ou assignatura falsa sem sciencia ou consentimento da pessoa a quem se attribuir, com o fim de crear, extinguir, augmentar ou diminuir uma obrigação:

Penas — de prisão cellular por um a quatro annos, e multa de cinco a 20% do damno causado, ou que se poderia causar.

Art. 259. Incorrerá nas mesmas penas :

§ 1.° O que fizer em escriptura, ou papel verdadeiro, qualquer alteração da qual resulte a de seu sentido, ou de natureza a produzir um effeito juridico diverso, como seja alterar algarismo, a data, a causa da obrigação, o tempo, ou modo de pagamento ;

§ 2.° O que concorrer para a falsidade como testemunha, ou por qualquer outro modo ;

§ 3.° O que usar scientemente de escriptura, titulo, ou papel falso.

Art. 260. Em nenhum caso a falsidade, que reunir todos os elementos de sua definição legal, constituirá elemento de outro crime.

COMMENTARIO

86. E' muito difficil commentar este capitulo formado pelos artigos do texto, pelos quaes se vê que o Cod. penal havia deslocado para o seu tit. V., o art. 208, contendo materia que elle repete neste titulo, porque não se regulou na classificação que fez dos crimes que prevê aqui pela sua objectividade juridica.

A exposição de motivos do projecto de 1893, previnirá a ordem deste commentario, ao mesmo tempo que adiantará ideias sobre o assumpto :

« O capitulo sobre a falsidade em escriptos ou papeis inclue os factos que o Codigo anterior enumerava em tres titulos differentes, art. 129 § 8°, arts. 167 e 265, e que o novo Codigo reproduz, seguindo o mesmo systema nos arts. 208, 251 a 260 com a enumeração das diversas modalidades da falsidade, mas omittindo a da escriptura ou outro papel publico por particular.

O novo Codigo encontrou largo subsidio do Codigo Italiano neste ponto, mas não fixou, como este, as noções da

falsidade em suas modalidades e applicou pena inalteravel a casos differentes por sua gravidade, conforme fez o anterior, que alias abaixou o minimo da pena, contando que esta circumstancia adaptasse a pena á gravidade da offensa.

Mas o nosso systema de applicação de penas não se presta a esse fim e por isso o Codigo de 1830 devia ser alterado, assim como o actual, que pune o funccionario publico culpado da falsidade mais grave como o que attesta falsamente a identidade de pessoa !

O Codigo de 1830 é lacunoso, o actual merece profunda alteração.

O projecto recorreu á sua fonte, mas aproveitou-a sempre com cuidado, valendo-se das disposições do Codigo hungaro e allemão, menos na casuistica já censurada dos Codigos francez e belga.

O projecto completa o Cod. anterior e simplifica o actual neste ponto, resumindo as modalidades da falsidade em relação ao escripto ou papel e ao seu autor, fazendo as distincções dos codigos modernos a que correspondem differenças na penalidade, comprehendendo todas as especies contidas em um e outro Codigo.

O projecto afasta-se de ambos, só punindo a falsidade em escripto particular, quando o autor ou outrem fizer uso do papel falsificado.

Na Italia, antes da unificação penal, vigorava a lei subordinando essa punição á interpellação do culpado, que evitava a pena declarando que não se serviria do escripto particular falso.

Entre essa tradição e a punição absoluta, o meio termo é fazel-a dependente do uso do documento.

Esta foi a solução alli, na Hungria e na Allemanha, sendo que nesta o codigo exige o uso mesmo da escriptura publica ; quanto á particular, a falta do uso constitue tentativa, mas impune pela lei.

O Codigo hollandez diversifica ; mas para punir a falsidade, mesmo da escriptura publica, exige o designio de se fazer uso della. [1]

O Codigo do cantão de Zurich faz da especie elemento do crime de fraude e não crime especial.

O projecto inclue outras especies de falsidade, como a que tem por fim a prova de factos verdadeiros, a que assemelha a de documentos publicos, a dos titulos commerciaes e testamentos olographos, pois que a dos cerrados pela intervenção do official publico são considerados papeis publicos pela doutrina corrente.

---

[1] Zanardelli, Relazione cit. III. Pag. 183.

Quanto á falsidade da attestação na identidade de pessoa, diz Lacointa, que o projecto britannico attinge a falsidade material, e *intellectual*, punindo com trabalhos forçados perpetuos aquelle que se torna culpado de *personation*, dando-se ou fazendo-se passar por outrem.[1]

Em resumo, neste capitulo a falsidade do funccionario em funcções e em documento publico é a mais grave; segue-se a do particular nestes documentos e finalmente a de qualquer em papeis particulares, além das outras modalidades de menor gravidade.

A terminologia brazileira é pobre, não tendo uma palavra só para exprimir todos os documentos publicos e outra para os particulares, como tem o italiano: *atto, scrittura*, o que é embaraço sério na redacção de um codigo penal no titulo de que nos occupamos.[2]

Os projectos de revisão, inclusive o de 1899 arts. 244 a 253 melhoraram sem duvida o cod. vigente, ordenando muito melhor a materia.

Daremos uma idéa geral historica e philosophica do objecto do capitulo para depois passarmos á doutrina e á especialidade das respectivas disposições.

A legislação que quasi alcançou o nosso cod. crim. de 1830 punia com a morte a falsidade em negocio cujo valor tivesse alguma relevancia: Orden. do liv. 5º Tit. 53, § 1º.

No direito romano, a falsidade *documental* era a principio punida na especie no testamento falso e era punida com a *aquæ et ignis interdictio*; depois se ampliaram as determinações sobre a falsidade, considerando-se como falsidade a suppressão do testamento verdadeiro e estendendo-se a pena da *Lex Cornelia* a qualquer outra escriptura, quer publica, quer particular, que fosse falsa, assim como ao uso sciente do documento falso; e a delictos proprios de falsidade se juntaram as falsidades improprias, ou as *quasi*— falsidades, que eram antes casos de fraude.

No direito germanico, ao falsificador de documentos se cortava a mão. Tambem o direito ecclesiastico consagrou amplo desenvolvimento ao *crimen falsi*, equiparando á falsificação o uso e a posse de documento falso; e puniu os falsificadores de documentos com a excommunhão, quando leigos, e com a degradação e o abandono á justiça secular, quando clerigos.

Na legislação intermedia foi gravemente punida a falsidade dos escriptos e perpetuou-se a determinação romana, que enumerava entre falsidades varias especies de delictos que são antes fraudes que falsidades.

---

[1] Code penal d'Italie, pag. 134.
[2] Exposição de motivos *do projecto de 1893*, pag. 14.

No seculo XIX o cod. francez delineou minuciosamente além da falsidade das moedas e de papeis de credito, a falsidade dos emblemas, a falsidade das escripturas que distinguiu em publicas, particulares e commerciaes, juntando-lhes a falsidade d'outros documentos de menor importancia.

O direito penal inglez, o americano e o russo distinguem a falsidade em publica ou particular conforme tem em mira lesar interesses publicos ou particulares.

Os cods. italianos, á excepção do toscano, seguiram o cod. francez, quer nas varias especies de documentos viciados pela falsidade, quer nos diversos modos concretos por que a falsidade se manifesta. Ao contrario, o cod. toscano reduziu a poucas fórmulas todas as hypotheses relativas á falsidade dos escriptos; e a este systema acostou-se o novo cod. ital. nos arts. 275 a 284. [1]

Os projectos de revisão do nosso codigo penal tiveram por fonte o vigente codigo italiano.

Escreve Gaio que — *fiunt scripturæ ut quod actum est facilius per eas probari possit*; e Benthan, entre os modernos disse que a escriptura servia para fornecer uma prova permanente e authentica dos factos.

Ora, diz tambem Pessina, escripturas fazem fé plena pelo seu conteúdo (escripturas publicas); ora, recebem da lei o reconhecimento d'uma força probante que não é plena, mas torna possivel a sua integração com outra prova (escriptos particulares), e em todo caso a lei attribue á escripta uma efficacia juridica determinada.

A sua adulteração, portanto, viola a fé que nella tem a sociedade inteira, a *publica fides*.

Os documentos tem entre si valor diverso, segundo se trata de documento original, copia ou certidão, segundo a importancia dos factos que são destinados a authenticar e conforme provém da autoridade publica ou da mão do particular.

Donde resulta que qualquer que seja a natureza do documento, a falsidade delle constitue violação da fé publica. [2]

A expressão *falsidade*, tomada no sentido mais largo, comprehende qualquer alteração ainda não dolosa e segundo Cujacio — *falsum est quidquid in veritate non est, sed pro veritate adseveratur* — em sentido mais restricto, chama-se, porém, falsidade á alteração dolosa da verdade e que Farinacio definia: — *falsitas est veritatis dolosa mutatio et alterius praejudicium facta*; e em sentido ainda mais restricto, diz Crivellari, é a alteração fraudulenta da verdade

---

[1] Pesina, MANUALE CIT. Part. sec. § 201, pag. 221.
[2] Negri, *apud* Cogliolo. OBR. CIT. vol. 2º Part. I A, pag. 396, n. 110.

nos casos determinados pela lei contra os falsarios. Nós devemos occupar-nos da falsidade em sentido restricto, isto é, da falsidade em actos ou escriptos, entendida como alteração dolosa da verdade sobre um acto ou escripto, executada em damno doutrem. [1]

87. Antes de tudo, diz Pessina, é mister firmar o conceito fundamental da falsidade nos escriptos de accordo com esta ultima fonte legislativa (o cod. ital.) e a doutrina commum dos criminalistas, que tiveram em vista os projectos alludidos.

Os tres elementos essenciaes do *crimen falsi*, isto é, a *imitação da verdade*, o *dolo* e a *possibilidade do prejuizo doutrem*, precisão ser elucidados, quanto á falsidade dos documentos.

I. A *imitação da* verdade consiste em dar ao que não é verdadeiro a fórma exterior propria dos documentos verdadeiros. E portanto;

1.° Uma falsidade de testamento presuppõe que se realize a falsidade num testamento que tenha formas essenciaes para sua validade, conforme a lei, e isto se estende a qualquer documento que por lei deva ter uma forma determinada

2.° A *simulação* entre as partes ou contrahentes, ainda que contenha alguma cousa de não verdadeiro, não pode ser confundida com o crime de falsidade, desde que as partes quizeram concordemente, que o acto ou escripto dissesse aquillo que nelle se enuncia *(aliud falsum, aliud simulatio)*.

3.° Nem toda inverdade contida num acto póde constituir falsidade; mas a mentira para constituir a falsidade deve recahir naquella perte do acto que é destinada a dar ou fazer fé do seu conteúdo.

4.° Si o artificio para a imitação da verdade é destinado a lesar os direitos de alguem, é mister que isto aconteça sem sciencia deste—*nequeunt fraudari qui sciunt et consentiunt.*

5.° A imitação da verdade pode verificar-se, quer com o falsificar-se o escripto ou escriptura na sua materialidade, quer com o narrar a falsidade, quanto ás pessoas que interveem no acto, ou quanto aos factos que no mesmo acto devem ser enumerados; no primeiro caso se tem a falsidade *material*; no segundo a falsidade *moral*. A imitação da verdade dá logar a duas formas: uma das quaes é fabricar inteiramente um acto não verdadeiro (contrafacção), a outra é a alteração dum documento verdadeiro, de modo a fazel-o dizer o contrario do que elle deveria enunciar. E a estas formas se póde juntar:--1) aquella fórma que o nosso cod. pen., incoherentemente, colloca, ao mesmo tempo, no art. 208, n. 5°, do texto

[1] Crivellari, Obr. cit. vol. 7° pag. 210, n. 65.

(contra os empregados publicos) e no art. 326 relativo ao damno, visando lucro, ou não; e segundo os projectos da revisão, na *suppressão* ou *destruição dum documento verdadeiro*, equiparadas assim á *falsificação*. — 2) a outra forma em que a falsidade do escripto póde commetter-se, isto é, o *uso sciente de documento falso* sem ter concorrido para a falsificação, especie esta do 259 § 3º, do texto do cod. penal e prevista nos projectos, sendo que o de 1899 scinde, não sabemos porque, em duas a mesma figura. [1]

II. O dolo no crime de falsidade documental ou instrumentaria consiste na *consciencia* e no *proposito*, quer de fazer valer como documento contra a verdade um escripto ou papel em que se contenham enunciações falsas productivas de effeitos juridicos, quer de destruir a prova existente de um facto verdadeiro, afim de que se consiga a insubsistencia deste. A necessidade de um tal *proposito* é expressa no adagio juridico : *non nisi dolo malo falsum ;* e este dolo máo foi sinthetisado na locução : *in alterius præjudicium ;* mas elle inclue não só o proposito de lesar o direito de um individuo dado, mas tambem, em geral, o de violar qualquer dictado juridico ainda que esta violação acarrete vantagem a alguem. Daqui resultam como corollarios: 1º, que não póde haver uma *falsidade culposa,* pela contradicção que não a consente ; 2º, si com o acto falso se chega a construir uma prova escripta falsa ou um principio falso de prova por escripto de um facto verdadeiro, mas que não póde ser documentado, haveria sempre o crime de falsidade em documento, porque o estado verdadeiro, real, das cousas seria a falta de uma certeza juridica, e este estado verdadeiro das cousas é substituido por um estado não verdadeiro, isto é, a existencia de uma prova legal. Quando muito, o *primordium veritatis,* isto é, o facto verdadeiro a respeito do qual se faz uma prova falsa para certifical-o, póde considerar-se como causa de attenuação no crime de falsidade, mas a falsidade não é excluida e isto, sobre que silencia o nosso Codigo Penal, está estabelecido em todos os projectos de revisão [2].

---

[1] PROJECTO DE 1899 :

« Art. 247. Supprimir, ou destruir no todo ou em parte, escripto verdadeiro, causando com isto prejuizo publico ou particular, etc.»

Art. 245. Usar de qualquer escripto falso ou falsificado, como si fosse verdadeiro, sabendo que o não é, etc.

Art. 251. Fazer uso ou se aproveitar por qualquer modo de escripto ou papel falso, ainda que não tenha concorrido para a falsidade, etc.

[2] PROJECTO DE 1899:

« Art. 252. Commetter qualquer dos crimes previstos nos artigos antecedentes, fazendo uso, para si ou para outrem, de prova falsa com o fim de confirmar facto verdadeiro, etc.

III. O ultimo elemento essencial da falsidade punivel, isto é, a *possibilidade de damno*, manifesta-se a respeito dos escriptos nas condições que elles teem de produzir um qualquer effeito juridico. Deste principio resultam diversas consequencias: 1ª, a falsidade documental para constituir crime não exige que tenha acarretado prejuizo a alguem; basta sómente que ella tenha a possibilidade de prejudicar, isto é, de conculcar um preceito juridico na sua substancia e verdade; 2ª, esta possibilidade de prejudicar é um elemento essencial para qualquer especie de falsidade; faltando elle, faltaria o crime. Alguns juristas, dizem, nota Pessina, que elle se exige sómente na falsidade do escripto particular, porque a falsificação das escripturas publicas, ainda sem este elemento da possibilidade do damno, é offensiva á publica fé; mas, a offensa á publica fé não póde realisar-se senão emquanto a *falsa prova* póde lesar uma relação juridica, dando ao não verdadeiro apparencia de verdadeiro e o Codigo italiano (arg. dos arts. 275, 276, 278, 279 e 280), textualmente resolveu o problema no sentido de exigir a possibilidade do damno em qualquer documento falso, seja publico ou particular. O nosso Codigo Penal, arts. 258 e 259 fornece o mesmo argumento sobre escriptos particulares, tendo *esquecido* a falsidade da escriptura publica por particular! Todos os projectos seguiram nisto o Codigo italiano e o de 1899, nos arts. 244 e 247 a 250; 3ª, um corollario do principio antecedente é a theoria da nenhuma criminalidade da falsidade quando ella recahe em um escripto ou escriptura que póde ser atacada por nullidade — *falsitas nulla nullum potest afferre præjudicium*. Assim como esta formula é entendida no seu sentido exacto, alheio a exaggerações, porque nem sempre a nullidade tira ao acto a força de produzir consequencias juridicas. Assim: *a)* si a nullidade tira ao acto a força de escriptura publica, mas não a de um escripto particular, permanece a falsidade, senão de escriptura publica, ao menos de escripto particular; *b)* o acto ou documento de um official publico incompetente, quando *prima facie* está privado de efficacia juridica por esta incompetencia, não podendo ter efficacia alguma, exclue o crime de falsidade; *c)* quando o conteúdo do acto ou documento é substancialmente nullo, e esta nullidade não é daquellas que só o processo por falsidade póde descobrir, mas é *prima facie* visivel, não ha logar para o crime falsidade; *d)* quando se trata de violação de fórmas precisa distinguir aquellas que *dant esse rei* das fórmas não essenciaes; é assim que um testamento cerrado, nullo por falta de approvação ou por faltas a seu turno nesta approvação, não póde dar materia, quando falso, á incriminação por falsidade; mas um escripto particular pelo qual se contrahe uma obrigação, si nelle é sómente falsa a assignatura, póde valer como principio de

prova por escripto e portanto não ha duvida que é materia de crime de falsidade [1].

88. Estabelecidos estes principios geraes sobre o crime de falsidade em documentos ou escriptos e papeis, vamos tratar das diversas especies de falsidade, conforme a differente importancia dellas.

E aqui precisa distinguir a falsidade em acto, escriptura ou papel publico, a falsidade em escriptos particulares, e a falsidade em documentos de menor importancia.

I. A falsidade no acto, escriptura ou papel *publicos* para distinguir-se das outras tem uma condição fundamental, isto é, que recáia em um escripto, o qual no caso que fosse verdadeiro teria a nota da *publicidade*, ou seja de provir de funccionario ou official publico a quem a lei attribúe a faculdade de passal-o ou lavral-o e de ter as *condições formaes* estabelecidas pela lei para gosar da efficacia de um acto publico. [2]

Neste ponto, Carrara observa, que o codigo italiano art. 275, parallelo ao art. 208 do nosso e 248 do projecto de 1899, adoptou a palavra *forma*, em vez de *escreve*, para attingir o crime no seu verdadeiro conceito, evitando a escapatoria, que o official publico faça escrever por outros o resultado de suas cogitações criminosas. [3]

O nosso codigo e o citado projecto não empregam a mesma expressão ; mas este ultimo, art. 253, a exemplo dos anteriores, refere-se ao facto de *redigir* ou *subscrever*, o que tira toda duvida no caso.

A — A lei positiva, diz Pessina, fallando nesta materia do *official publico*, não póde ser entendida no sentido que foi dado á esta locução pelo art. 207 do codigo italiano.

O official publico relativamente ao documento falso, é aquelle que pela lei é revestido da qualidade de certificar a existencia de alguns factos e é portanto depositario da fé publica, nos termos do art. 284.

O nosso codigo penal não contém indicação alguma sobre isto que está previnido nos projectos de revisão. [4]

B — O official publico, diz ainda Pessina, póde incorrer por dous modos no crime de falsidade em escripto, papel

---

[1] Pessina, Obr. Cit., § 202, pag. 222.

[2] Carlos de Carvalho, Nova Consolidação das Leis Civis, Rio de Janeiro. 1899, arts. 253 e seguintes.

[3] Carrara, Commento cit. art. 275, pag. 173.

[4] Projecto de 1899 :

« Art. 253. Para applicação das disposições dos artigos antecedentes (art. 248) são equiparados aos funccionarios publicos todos aquelles que estão autorisados a *redigir* ou *subscrever* escripto ou papel ao qual a lei *attribúa fé publica* »

ou acto publico. O primeiro destes modos está delineado no art. 275, o segundo no art. 276 do codigo italiano.

O primeiro está previsto no nosso codigo penal, artigo 208, ns, 1º e 3º a 6º ; e nos projectos de revisão, no de 1899, art. 248, lettras *a* á *c* ; o segundo no codigo art. 208, n. 2º; e no projecto de 1899, art. 248, lettra *d*. [1]

O primeiro modo (*falsidade material*) consiste em que o official publico no exercicio das funcções *redige* ou *subscreve* no todo ou em parte um documento falso, ou *altera um documento verdadeiro*.

O outro modo (*falsidade moral ou intellectual*) terá lugar si os officiaes publicos, recebendo, redigindo ou subscrevendo um acto, documento, escripto ou papel, no exercicio das suas funcções, « attestarem como verdadeiros, e feitos em sua presença, factos e declarações não conformes á verdade; omittirem ou alterarem declarações que lhes fossem feitas.»

A respeito de ambos os modos, é evidente que se exige, não só o dolo, isto é, a consciencia da inverdade substituida á verdade, e o escopo de lesar o direito na sua substancia, mas a possibilidade do prejuizo publico ou particular.

Ambos os modos, por isso mesmo, são equiparados pela lei na intensidade criminosa e punidos com a mesma pena — cod. pen. art. 208; projecto de 1899, art. 248.

Quando, porém, a falsidade recaia em um instrumento publico e authentico e tal que por lei faça fé até á querella de falsidade, pela propria natureza do instrumento falsificado, esta circumstancia não importa aggravação de pena pelo nosso cod. como succede no cod. ital. art. 275.

A aggravante figurava no projecto de 1893, foi eliminada no de 1896, restabelecida no de 1897 e afinal supprimida no de 1899. [2]

---

[1] Projecto de 1899:

« Art. 248. Commetter o funccionario publico, em exercicio de suas funcções, alguma falsificação de que possa resultar prejuizo publico ou particular :

a) expedindo certidão, cópia ou traslado de termo, auto ou qualquer escripto publico ou particular não existente ;
b) expedindo certidão, cópia ou traslado falso de termo, auto ou qualquer escripto publico ou particular ;
Pena — prisão com trabalho por dous a seis annos.
c) fazendo, no todo ou em parte, escripto publico ou particular falso, ou acto alterando o verdadeiro ;
d) certificando como verdadeiro e realisado em sua presença facto ou acto não conforme á verdade ; omittindo ou alterando a verdade, em relação a esse mesmo facto ou acto, etc.»

[2] Projecto de 1897:

« Art. 245. II. Pena — prisão por um a cinco annos ; e si a escriptura ou papel tiver por lei fé publica emquanto não for arguido de falso — por dous a seis annos.»

Além disto, o official publico póde commetter falsidade em papeis publicos, não só em peças originaes, mas tambem em cópias dellas e nas certidões do conteúdo dellas. E para estas falsificações as normas estabelecidas são estas:

1) A falsidade commettida por official publico nessas cópias authenticas, que nos termos da lei fizerem as vezes da peça original que falte, é equiparada á falsidade dos papeis publicos originaes.

O nosso cod., art. 208, n. 3º não diz isto explicita, mas implicitamente.

Mas isto está dito claramente nos projectos, como fez o cod. ital. art. 275. [1]

2) Os officiaes publicos que falsificarem cópia, certidão, ou publica-fórma, de um acto de officio, seja *supponde* um original que *não existe,* seja *alterando* o original, é punido com a mesma pena que o nosso cod. art. 208 n. 3º, estabeleceu neste mesmo artigo para todas as modalidades da falsidade do funccionario publico.

E si se tratar de peças que por lei tem fé publica até que sejam arguidas de falso, a alludida aggravante só figura nos projectos de 1893 e 1897, art. 245, n. II.

3) Quando a falsidade se realise por obra dum official publico em uma certidão concernente ao conteúdo de escriptos ou papeis, conforme o nosso cod., art. 208, a pena varia, mas ella é menor segundo os projectos, no de 1899, art. 248, lettras *a* e *b*.

89. C — A falsidade em escriptura ou qualquer papel publico póde tambem ser commettida por individuo que não seja funccionario publico e nesta fórma se póde distinguir varias especies. Assim o crime póde realisar-se em taes condições pelo modo seguinte:

1) O nosso cod. pen. não estabelece, nem neste cap. nem no cap. unico do tit. V, a figura commum da falsidade em acto ou papel publico commettida por particular de modo que nas especies por elle não previstas, o crime ficará impune, se crime se póde chamar: *nullum crimen sine lege.*

Foram os projectos, que a exemplo do cod. ital. especialmente, suppriram a lacuna.

Mas, depois desse silencio estupendo do cod. vigente os projectos de 1893 e 1899 neste cap. suppriram pelo peior systema a lacuna, porque definem as especies, arts. 244 a 247, sem dizerem si se trata de falsidade em papel publico e particular; e repetindo no art. 248 algumas das mesmas espe-

[1] Projecto de 1899, art. 248:

« § 1.º Aos originaes são equiparadas as cópias authenticas, quando na fórma da lei estas fazem as vezes».

cies e outras não, embora possam ser commettidas tambem por funccionario publico a que se refere o mesmo art. 248.

2) Si a falsidade fôr commettida na cópia de um acto ou papel publico nos modos a que já nos referimos ou si na forma da lei tiver fé publica até ser arguida, nenhuma aggravação resultará, segundo o nosso cod. pen. pela razão dada de ter silenciado e nem perante os projectos pelo systema a que acabamos de alludir nas disposições citadas que nenhuma coordenação guardaram entre si.

Entretanto o projecto de 1893, alterado pelo de 1893 e restabelecido pelo de 1897 sómente com uma disposição observaram as especies assim como as modalidades dos arts. 275 e 278 do cod. ital. figuradas aqui nestes dous numeros. [1]

Conforme o projecto de 1899, poderá ficar impune o funccionario publico que commetter certas especies de falsidades apezar do casuismo e repetições das disposições.

3) E' outra especie de falsidade, na forma de que tratamos e ainda sobre que o nosso cod. silenciou, o facto previsto nos projectos e no de 1899, art. 249, e paragrapho unico, de affirmar falsamente ao funccionario publico a propria identidade ou estado de outra pessoa, *ou qualquer outro facto* em acto publico, destinado a provar a verdade, podendo dahi resultar prejuizo publico ou particular.

O inciso que não estava nos projectos de 1893 e 1897, torna vaga e obscura a disposição.

A pena é aggravada tratando-se de um acto de estado civil ou da autoridade judiciaria.

E á primeira especie é equiparada a forma de attestar falsamente a propria identidade ou a de terceiro em titulo ou outro qualquer papel commercial.

De nada disto cogitou o cod. pen. vigente.

II. A falsidade em *escripto particular* se realisa por aquelles mesmos modos porque se realisa em escriptura publica.

Mas ella tem uma nota propria que a distingue da outra e esta é que o escripto *particular* falso emquanto não é produzido e permanece *inactivo* no poder do falsario ou de outro individuo, não é apto a prejudicar e reduz-se á preparação do crime. Em summa, o crime por ella não é realizado só com a fabricação da falsidade, seja por contrafacção, seja por alteração. E portanto para a criminalidade da falsidade

---

[1] Projecto de 1897:

« Art. 246. Com as penas respectivas estabelecidas nos ns. II e III do artigo antecedente, menos a terça parte, será punido aquelle que não sendo funccionario publico commetter qualquer falsidade pelos modos previstos nas respectivas disposições. »

O Art. 245 prevê a falsidade em papeis publicos.

em escripto *particular*, se exige como condição essencial *o uso do mesmo*, quer *este uso* seja feito por parte de proprio falsario, quer por parte de outro individuo.

Este uso póde ser *judicial* ou *extrajudicial*; mas elle constitue sempre para a falsidade em escripto particular o *momento de consummacão do crime*.

Assim é que só quando tem logar o uso do documento particular, quer por obra do autor mesmo da falsidade, quer por obra de outrem, o autor da falsidade e o utente sabedor estão sujeitos á mesma pena, conforme a disposição de varios codigos inclusive o ital., art. 280.

90. Nós já nos referimos á questão, citando a exposição de motivos do projecto de 1893 e manifestando a nossa opinião (n. 86).

Entretanto, Chauveau & Hélie e Garraud sustentam opinião contraria, justificando o codigo francez, cuja doutrina aliás está hoje abandonada por quasi todos os codigos modernos de primeira ordem, aos quaes, além dos citados, no principio deste capitulo, podemos addicionar o codigo portuguez, art. 232 que considera o não-uso circumstancia attenuante da falsificação e os codigos da America do Sul que seguiram o italiano e os outros já citados. [1]

Assim Vasquez Acevedo, citando alguns desses codigos e outros, diz, commentando o art. 245 do codigo uruguayano, que o codigo italiano menciona expressamente o elemento do uso a que faz referencia Pincherli, differentemente do nosso e dos projectos Zanardelli e Savelli que nada diziam a respeito.

O silencio que guarda o codigo da Republica, seguindo os projectos que lhe serviram de modelo, não significa outra cousa mais sinão que se considerou subentendida a circumstancia enunciada [2].

A seu turno Rivarola commentando o art. 282 do codigo argentino parece opinar tambem que o uso é indispensavel á incriminação do papel falso particular [3].

Qual a solução do nosso codigo penal ?

Diante da interpretação destes dous ultimos codigos e especialmente do codigo do Uruguay, que teve como fonte commum com o nosso, o codigo italiano, parece que o silencio do codigo sobre a condição do uso, do mesmo modo que naquelle codigo deve ser interpretado a favor do indiciado.

---

[1] Chauveau, Hélie e Villey, OBR. CIT. vol. 2º pag. 480, n. 726; Garraud, OBR. CIT. 3º vol. pag. 79, n. 56.

[2] Vasquez Acevedo, CONCORDANCIAS Á ANOTACIONES DEL CODIGO PENAL, Montevideo, 1893, art. 245, pag. 216.

[3] Dr. Rivarola, EXPOSICION Y CRITICA DEL CODIGO PENAL, Buenos Ayres, 1890. pag. 221, n. 1149, 3º vol.

E' verdade que os arts. 258 e 259 do texto dividem as especies, referindo-se distinctamente ao uso e ás fórmas da falsificação, mas isto não resolve a questão, porque é claro que a simples falsificação por um é punivel desde que por outro se faça uso della. O codigo criminal de 1830, art. 168 declarava — « Si da falsidade resultar *outro* crime, a que esteja imposta pena *maior*, nella *tambem* incorrerá o réo.

No art. 260 o codigo penal estabelece que em « nenhum caso a falsidade (particular), que reunir todos os elementos de sua definição legal constituirá elemento de outro crime ». Parece que o legislador aqui teve em vista evitar o abaixamento da pena si o facto dado concorrendo como elemento do estellionato podesse ter a attenuante do pequeno valor previsto no art. 339.

Mas além de que, em geral, a disposição do art. 260 é contraria á doutrina, o conceito está em contradicção com disposições do art. 338 que define como uma das fórmas do estellionato no n. 8º « usar do falso nome, falsa qualidade, falsos titulos etc. . » sem excluir a caracteristica da falsidade legal que haja sido commettida para obter esses meios ou artificios fraudulentos.

Si não fôra tal contradicção o art. 260 constituiria uma objecção á interpretação que lhe damos.

E isto dizemos, porque o nosso codigo penal que não tem escola, nem systema teria adoptado o contrario do codigo allemão e outros citados e sobre o qual diz von Liszt :

« Segundo o codigo penal imperial, a falsificação de documento consta de dous actos que podem occorrer separadamente no tempo e no espaço, *a falsificação* e o *uso* do documento. Destes dous actos é porém o ultimo que *prepondera*. Des'arte o *caracter essencial* do crime de falsificação é abandonado e torna-se decisivo o ponto de vista da *burla* [1].»

Entretanto nos projectos de 1893 e 1897 adoptamos a doutrina que agora defendemos de novo [2].

Os projectos de 1896 e 1899 preferiram o velho ponto de vista abandonado do codigo francez, salva interpretação igual á que póde ser dada ao codigo vigente, attenta a falta de clareza na redacção dos citados projectos apezar de casuisticos.

O nosso cod. pen. arts. 258 e 259 pune com a mesma pena a falsidade em escriptos particulares.

---

[1] von Liszt, OBR. CIT. 2º vol. pag. 399, § 160.

[2] PROJECTO DE 1897 :

« Art. 214. Fabricar alguem, no todo ou em parte, um escripto ou papel particular falso, ou alterar o verdadeiro, e, servir-se delle ou ou rem delle, podendo resultar prejuizo publico ou particular etc. »

O cod. não faz excepção alguma para certos titulos inclusive commerciaes, como se póde ver dos seus arts. 248 e 249, onde estabelece a mesma pena.

Affastou-se aqui do seu modelo o cod. francez.

Tambem o cod. ital. art. 284 e outros consagram um augmento de pena, dizendo, sobre aquelle, Pessina que ha uma circumstancia aggravadora do delicto pela indole de certos escriptos particulares; porque a elles é attribuida uma exequibilidade tal que expõe a risco de damno irreparavel os respectivos effeitos juridicos. Estes escriptos particulares, privilegiados por sua efficacia como titulos exequiveis ou executivos, se bem que sejam papeis particulares, são, o *testamento olographo,* as *letras de cambio* e todos os *titulos de credito transmissiveis por endosso ou ao portador.*

A falsidade que se realisa em relação a estes papeis é equiparada na intensidade criminosa e por consequencia tambem na pena á falsidade commettida em escriptura publica [1].

Todos os projectos, porém, consagram a alludida aggravante [2].

Os projectos só não se referiram ao testamento *cerrado,* porque este é considerado como escriptura publica, attenta a sua approvação por tabellião publico: é aliás a solução do direito italiano, segundo Majno [3].

A falsidade do escripto *particular* está naturalmente subordinada aos principios communs da falsidade em geral.

Os arts. 258 a 260 conceituam taxativamente taes falsidades e por isso mesmo dispensam mais explicações.

O mesmo havia feito o cod. no art. 208 no aspecto unico em que considerou a falsidade do escripto ou papel *publico,* isto é, como só podendo ser praticada pelo funccionario publico, conforme as exemplificações materiaes do citado artigo; semelhantes em todas as referidas disposições ás do cod. franc. arts. 145 e segs. e belga, arts. 194 e segs.

O art. 208 n. 6 tambem trata ainda de materia eleitoral, ao que nos referimos no cap. II do tit. I.

91. Passamos a citar alguns arestos.

« 1.º E' condição do crime definido no art. 259 § 1º do cod. penal a contrafacção ou alteração do documento, e que seja feita sem sciencia ou consentimento da pessoa a quem se quer prejudicar.

---

[1] Pessina, OBR. CIT. pag. 226, §§ 203 e sgs.

[2] Projecto de 1899:

« Art. 253. E aos escriptos ou papeis publicos são equiparados os testamentos olographos, as letras de cambio, e todos os titulos de credito ao portador, ou transmissiveis por endosso assim como as obrigações nominativas não equiparadas por lei á moeda.»

[3] Majno OBR. CIT. 1º vol. art. 284, pag. 768, n. 2.069.

« 2.º As palavras empregadas na citada disposição da lei penal referem-se a alterações materiaes nas clausulas, declarações e factos do documento verdadeiro ; e a redacção do mencionado art. do cod. pen. bem o diz nas palavras — alterar o algarismo, a data, a causa da obrigação, o tempo, ou modo do pagamento.

« 3.º As alterações da verdade são de ordem material susceptiveis de ser demonstradas, verificadas e reconhecidas physicamente, e conseguintemente não commette o crime alludido quem escreve um saque em uma letra de cambio, ou da terra, posteriormente ao seu acceite.

« 4.º O nosso codigo penal não cogitou da *falsidade intellectual*, mas só do *falso material*, resultante da verificação do vicio do documento em seus dizeres, com addições ou emendas, clausulas ou condições nelle existentes » : Accordão do Conselho do Tribunal Civil e Criminal de 23 de setembro 1897, *relator*, Salvador Muniz ; com um notavel voto vencido do *presidente* Muniz Barreto.

O voto vencido foi vencedor no seguinte julgado :

« 1.º São elementos constitutivos do crime de falsidade :
a) a alteração da verdade ;
b) a intenção de prejudicar ;
c) um prejuizo effectivo ou potencial.

2.º Na falsidade póde occorrer : 1º a *falsificação* de um documento (art. 258 do cod. pen.) ; 2º a *alteração* de um documento verdadeiro (art. 259 § 1º.

3.º Nesta ultima hypothese, o documento alterado com o fim de crear, extinguir, augmentar ou diminuir uma obrigação passa por uma *transformação*, ou com a *addicção* de palavras ou cifras, ou com o *cancellamento* destas, sendo *substituidas ou não*, de modo a exprimir e attestar o documento, juridicamente, cousa diversa da do primitivo estado.

4.º Em qualquer destas modalidades, a alteração da verdade só se integra quando com a alteração material do documento concorre a *illegalidade do agente*.

5.º A intenção de prejudicar, consiste *intentio nocendi*, isto é, na intenção directa e positiva de prejudicar a outrem ou consiste no *animus nocendi*, isto é, quando o falsario quer prejudicar sem ser directamente ; e, neste segundo caso, é indispensavel o *damno effectivo*, para completar-se o delicto.

6.º Desde que haja *animus nocendi* sem o *damno effectivo*, dever-se-hão classificar os factos imputados ao réo, não como falsidades, mas como melhor convier : Acc. do Conselho do Trib. Civ. Crim. 20 junho 1898. Muniz Barreto, *presidente e relator*. [1]

---

[1] Rev. de jurispr. cit. 1º vol. pag. 95 ; 4º pag. 101.

Com relação ao primeiro aresto devemos dizer que é muito absoluto o seu 4º conceito de que o nosso cod. pen. não cogitou da falsidade *intellectual*, mas só do falso material.

Ao contrario ha exemplos daquella com relação a actos ou *factos* no art. 208, no 2º; e com relação a *pessoas* (falsidade *pessoal*, como alguns chamam) no mesmo art. 208 n. 4.

Ha falsidade *material*, diz Crivellari, quando a mudança da verdade recáe sobre o escripto, isto é quando não está declarado nelle o que devia estar, ou está escripto de modo differente. Neste caso, a mudança da verdade é a falsidade *instrumentaria* que é indifferente que succeda por fabricação, alteração ou suppressão, isto é, que se crêe o documento, que se transforme em qualquer de suas partes, ou sem altera-o, seja elle subtrahido ou destruido, suppressão que o cod francez, art. 439, considerou um crime contra a propriedade, no que o seguio o nosso cod. art. 326, conforme já notámos.

A falsidade é *pessoal* e não sómente *nominal*, quando a mudança da verdade não recáe somente sobre as qualidades duma pessoa, mas sobre o proprio ser da pessoa mesma, isto é, quando se simule uma pessoa por outra e não somente uma qualidade por outra : cod. pen. art. 208, n. 4.

Chama-se emfim, falsidade *intellectual, moral ou idéologica,* aquella que se encontra em um acto ou escripto mesmo exteriormente verdadeiro, quando contém declarações não verdadeiras e diz-se exactamente *intellectual* porque o documento não é falso nas condições de sua propria entidade, mas são falsas as ideias que nelle se querem affirmar como verdadeiras. O exemplo typico é o dum testamento que reconhece uma divida inexistente e não é um documento falso, nem delle póde surgir uma falsidade documental. [1].

Não insistimos nisso, porque os autores, ora eliminão da doutrina a falsidade *pessoal*, reduzindo-a ás duas outras, ora sustentam que toda falsidade é *material*.

Negri lembra a controversia mesmo em theoria, referindo-se a Carrara, Arabia e outros [2].

E' exacto como se lê no voto *vencido* do citado aresto que o nosso cod. pen. teve como fonte directa ou indirecta o legislador da Luiziania e de Nova York, bastando cotejar o art. 287 deste cod. com o art. 258 do nosso.

Chaveau e Hélie que elogião a disposição notão-lhe o defeito de não abranger a falsidade *intellectual*, além de exigir a realisação do damno para a punição. [3]

---

[1] Crivellari, OBR. CIT. vol. 7º pg. 210, n. 67.
[2] Negri, *apud* Cogliolo, OBR. CIT. vol. 2º Part. I A, pg. 401 § 17.
[3] Chauveau, Hélie e Villey, OBR. CIT. 2º vol. pag. 339, n. 640.

« Para existir o delicto de falsidade em documentos e papeis particulares (art. 258), é necessaria a concurrencia de tres criterios essenciaes : 1º, a alteração da verdade ; 2º, a intenção fraudulenta ; 3º, o prejuizo ou a possibilidade de prejuizo, isto é, crear, extinguir, augmentar ou diminuir uma obrigação. Não existe o delicto de falsidade na alteração de uma escripturação mercantil para encobrir o desfalque, anteriormente praticado, de quantia recebida com fim determinado». Sentença do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Trib. Civil e Criminal, 22 de novembro de 1895.[1]

« E' elemento do crime de falsidade o prejuizo real ou possivel ». Sentença do juiz Macedo Soares, 10 de julho de 1875.

E' conforme, cita o aresto, a disposição do cod. crim. anterior art. 167 *in fine* que refere a multa á uma porcentagem do *damno causado, ou que se poderia causar*.

« E' annullado o processo em que foi o réo condemnado por crime de falsidade, visto não se ter procedido a corpo de delicto no documento e assignatura reputados falsos, formalidade substancial em crime dessa ordem ». Acc. Supremo Tribunal Federal, 11 de julho de 1896.[2]

« Falsidade — Elementos constitutivos do crime de falsidade em escriptos particulares. — Uso sciente de documento falso — Intelligencia dos arts. 258 e 259 do cod. penal ». Decisão do Dr. Affonso Miranda, juiz do Trib. Civil e Criminal, 23 de agosto de 1899.

« A responsabilidade inherente aos escrivães pela guarda de autos e papeis que lhe são entregues em razão do officio, illide-se com a certidão negativa do distribuidor geral, por isso que o acto da distribuição é o titulo correlativo da guarda e entrega. — O não cumprimento, portanto, de portarias, por parte dos escrivães para a entrega de autos, sem a prova da respectiva distribuição, não constitue o crime de prevaricação, do art. 208 n. 5 do cod. penal.

« As leis criminaes devem ser entendidas *stricti juris*, não sendo admissivel a interpretação extensiva, por analogia ou paridade para qualificar crimes e applicar-lhes penas». Acc. da Côrte de Appellação, 3 de outubro de 1899. [3]

---

[1] Viveiros de Castro, SENTENÇAS E DECISÕES CIT., pags. 14 e 141.

[2] Do autor : A REVISÃO DOS PROCESSOS PENAES. Rio de Janeiro 1899. App. pag. 371, n. 63.

[3] O DIREITO, vol. 8º, pag. 170 ; vol. 80, pag. 426 ; e vol. 81, pags. 150 e 250.

CAPITULO IV

FALSIDADES EM ATTESTADOS, PASSAPORTES E OUTRAS

CODIGO

Art. 251. Falsificar, ou alterar passaporte para o attribuir a pessoa, logar ou tempo diverso :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a um anno.

Art. 252. Attestar falsamente bom procedimento, indigencia, enfermidade, ou outra circumstancia, para promover em favor de alguem beneficencia, soccorro publico, ou particular, isenção de serviços e onus publicos, ou a acquisição ou gozo de algum direito civil ou politico :

Penas — de prisão cellular por seis mezes a um anno, e privação do exercicio da profissão por igual tempo.

§ 1.º Si por effeito de attestado falso uma pessoa de são entendimento for recolhida a hospicio de alienados, ou soffrer qualquer outro damno grave :

Penas — de prisão cellular por um a tres annos, e privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação.

§ 2.º Si o attestado falso for passado para qualquer dos fins precedentemente mencionados, com intenção de lucro :

Penas dobradas.

Art. 253. Usar scientemente de attestado falso :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a um anno.

Art. 254. Falsificar um attestado para qualquer dos fins declarados nos artigos anteriores :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a um anno.

Art. 255. Falsificar por qualquer modo despacho ou communicação telegraphica, ou nelle supprimir, trocar ou augmentar palavras. lettras, ou signaes, que invertam-lhe o sentido :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

Paragrapho unico. Si este crime fôr praticado por empregado da repartição dos telegraphos :

Penas — de prisão cellular por igual tempo, e perda do emprego.

Art. 256. Usar de certidão, ou attestado falso, ou verdadeiro, mas referente a individuo de nome identico, para se fazer alistar como eleitor, ou excluir alguem do alistamento:

Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

Art. 257. Fazer emendas, ou alterações, nos assentamentos do registro civil sem as resalvar, ou ratificar, na conformidade dos regulamentos e pelos meios por estes permittidos :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá o que, não sendo empregado do registro, praticar essas alterações e emendas.

COMMENTARIO

92. Justificando o projecto de 1893, dissemos sobre esta secção do cod. pen. que epigraphamos neste cap. de modo differente, o seguinte :

« O capitulo que se segue comprehende casos especiaes de falsidade de menor importancia, salvas certas aggravantes especiaes.

O codigo de 1830 não as comprehendia, mas o novo codigo, que se valeu do largo subsidio do italiano, não aproveitou bem a sua fonte; generalisando casos que ella especifica para não reprimir especies quasi indifferentes e incluindo outros que devem ser classificados em lugares diversos ou não mencionar.

Incluimos entre os documentos falsos o *porte de armas* (licença para andar armado), cujo significado não póde ser outro e especies que se ligam a dispositivos do projecto acerca da execução das penas e vigilancia especial da policia. [1]

Nesta secção, como então diziamos, o codigo italiano parece ter sido a fonte principal do nosso.

Pessina, classificando as figuras parallelas daquelle codigo que elle denomina de «falsidade em certificados ou outros», diz a respeito dellas que aqui se enunciam falsidades que recaem em documentos de menor importancia que as escripturas publicas e os escriptos particulares.

Tambem Garraud, de accordo com Chauveau e Hélie e Blanche, nota que taes factos constituem em vez de crimes, *delictos* pelo codigo francez, conforme nisto com a san doutrina e a legislação doutros povos e isto é motivado pela pouca importancia que apresentão estas alterações da verdade tanto para a ordem publica, como a respeito dos particulares. Mas é mister não esquecer que ellas não constituem menos verdadeiras infracções por falsidade e para serem puniveis devem reunir os tres elementos essenciaes de toda falsificação: a alteração da verdade num escripto ou papel, a intenção fraudulenta e o prejuizo possivel. Aliás os dous ultimos elementos, a intenção e o prejuizo, resultão *prima facie* da maior parte dos factos reprimidos pelos arts. 153 e seg. (parallelos aos 251 e segs. do nosso); mas, onde os factos incriminados puderem ser susceptiveis de duas explicações, o juiz terá o cuidado de enunciar o fim fraudulento com o qual elles devem ter sido executados para serem puniveis.

Garraud relembra o principio de que não ha *falsidade culposa* e sómente *dolosa*, conforme opportunamente explicamos, sendo aqui tambem a opinião de Blanche, embora não tenha parecido a Garraud muito claro o pensamento daquelle.

---

[1] Exposição de motivos do projecto de 1893, pag. 15.

O mesmo ensinão outros autores francezes. [1]

Não obstante, o codigo a lemão, § 363, colloca nas *contravenções*, algumas das especies deste capitulo, mas não todas.

Seguindo quasi á risca a ordem do proprio codigo italiano é que Pessina classifica as especies parallelas do nosso.

Como quer que seja, essas diversas especies são as seguintes:

1.ª A falsidade de passaporte, itinerario, guia, porte de armas, etc...

Este crime consiste em duas fórmas:

Tanto em contrafazer, alterar, usar falsificado ou alterado, ministrar a outrem para que delle faça uso, passaporte, itinerario, guia, licença para porte de armas ou qualquer outro documento semelhante relativo á viagem, estada ou residencia do condemnado.

Como em tirar passaporte ou outro documento dentre os indicados no artigo antecedente, attribuindo-se nos mesmos falso nome, sobrenome ou cognome, ou falsa qualidade; ou cooperar por sua affirmativa para obter o alludido documento em taes condições. [2]

Vê-se que a segunda fórma representa aggravantes da primeira.

Entretanto o codigo penal no art. 251 do texto *só* se refere a *passaporte*; e o que mais é, esqueceu a forma que póde ser a mais frequente, isto é, o *uso*, de modo que entre nós quem usar dum passaporte falso não commette crime algum, á vista deste artigo combinado com o art. 1º: *nullum crimen sine lege*.

Uma segunda especie é a falsa revelação ou declaração.

Ella consiste em inserir dado falso ou deixar de inserir os verdadeiros, nos seus registros ou communicações, quem por lei é obrigado a tel-os especiaes e sujeitos á inspecção de autoridade, ou a ministrar-lhe informações relativas ás proprias operações industriaes ou profissionaes. [3]

Esta figura contemplada no cod. ital. não existe no nosso cod. pen., que no art. 257 só se refere ao facto de «fazer emendas ou alterações nos assentamentos do registro civil sem as resalvar, ou ratificar, na conformidade dos regulamentos e pelos meios por estes permittidos. Em igual pena incorrerá o que, não sendo empregado do registro, praticar essas alterações e emendas.»

---

[1] Garraud, Obr. cit. vol. 3.º pag. 272, n. 201; Blanche e Dutruc, Obr. cit. 3º vol. pag. 546, n. 264, Chauveau, Helie e Villey, Obr. cit. vol. 2º pag. 492, n. 736.

[2] Projecto de 1899 arts. 258 e 259.

[3] Projecto de 1899, art. 257.

Não ha maior confusão de ideias do que a que se nota nessa disposição.

A figura pelos termos é a d'um facto que póde ser motivado apenas por negligencia do funccionario e bastaria para punil-o a disposição regulamentar.

Si se tratasse, porém, de verdadeira falsidade, ella estaria comprehendida no art. 208.

Peior é ainda a disposição do paragrapho unico do art. 257, porque presuppõe que um individuo não empregado do registro possa fazer nelle emendas ou alterações das que podem ser resalvadas ou *ratificadas*.

E' um crime imaginario, e como o cod. não contempla a figura da falsidade em acto publico, em geral, por particular, quem commetter o facto de falsificar os assentamentos do registro civil ficará impune.

No art. 255 o cod. pen. prevê o facto de « falsificar por qualquer modo despacho ou communicação telegraphica, ou nelle supprimir, trocar ou augmentar palavras, lettras ou signaes, que invertam-lhe o sentido ».

No paragrapho unico do mesmo artigo o cod. contempla a aggravante da qualidade de ser o agente empregado do telegrapho.

Si o cod. pen. seguisse á risca o seu systema, a figura relativa ao empregado devia estar no titulo «dos crimes contra a boa ordem e administração publica » e no citado art. 208 que se refere ás falsidades commettidas pelos empregados publicos e em tal titulo é que o cod. allemão, § 355, contempla o facto, assim como outras figuras que o cod. collocou ainda em outro titulo « dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos ».

Tanto no art. 255, como no art. 257, o cod. pen. esqueceu o *uso* e portanto nos casos figurados, não é crime pelo cod. usar de telegramma falso ou valer-se da falsidade effectuada no registro civil, salvo provando-se que o utente é tambem o falsificador.

Sobre o uso de telegramma falso, diz von Liszt:

« Assim, a entrega de um telegramma assignado com um nome falso só excepcionalmente poderá ser considerado como falsificação de documento, porquanto pelo telegramma a expedir o empregado do telegrapho não é enganado e nenhum documento recebe o destinatario recebendo o telegramma expedido. Só é diverso o caso, quando (e, segundo a lei sobre os telegraphos de 15 de junho de 1891 é isto sem duvida possivel) o expeditor é convidado a fazer a prova da legitimidade de sua assignatura ou a faz voluntariamente. Neste caso a entrega do telegramma constitue o facto de usar para o fim de enganar.[1] »

---

[1] Franz von Liszt, OBR. CIT. 2º vol. pags. 402, not. 2 e c e 507.

93. A terceira especie é constituida pelos *attestados falsos* que o cod. pen. conceitua e enumera nos arts. 252 a 254.

O cod. no seu texto, especifica no art. 254 a falsificação *material*, no art. 253 o uso do attestado falso, e no art. 252 a falsidade *intellectual*, contemplando nos paragraphos deste ultimo artigo as aggravantes que prevê.

Estas disposições foram melhoradas nos projectos de revisão. [1]

Tanto umas como outras tiveram como fonte o cod. ital. sobre cujos arts. 289 e 291, parallelos aos arts. 252 a 257 do texto, mas sómente relativos a attestados medicos, observa Ambrogio Negri, que como regra ordinaria não se pode dizer que os certificados ou attestados de molestia ou outra imperfeição pessoal passados pelos medicos, cirurgiões

---

[1] PROJECTO DE 1899:

« Art. 254. Dar por favor o medico attestado falso, destinado a fazer fé perante autoridade:

Pena — multa de 100$ a 500$000.

I. Si o crime fôr commettido por paga ou esperança de alguma recompensa:

Pena — multa de 200$ a 1:000$000.

II. Si por effeito do attestado falso alguem fôr admittido ou retido em uma casa de alienados, ou soffrer qualquer prejuizo grave:

Pena — prisão com trabalho por oito mezes a dous annos.

III. Si o crime, previsto em o numero antecedente, fôr commettido com a circumstancia mencionada em o numero um deste artigo.

Pena — prisão com trabalho por um a tres annos.

§ 1.º A's penas respectivas deste artigo fica sujeito tambem aquelle que fizer uso de attestado falso.

§ 2.º A' metade das referidas penas fica sujeito aquelle que der ou prometter paga ou recompensa para obter attestado falso, além da perda da quantia que tiver sido dada e fôr apprehendida.

Art. 255. Expedir ou dar o funccionario publico, ou outrem que por lei possa fazel-o, certificado ou attestado, em que affirme ou declare falsamente bom procedimento, capacidade, indigencia, ou qualquer outra circumstancia que habilite a pessoa a quem se referir o certificado ou attestado a obter beneficencia, ou confiança publica ou particular, cargo ou emprego publico, favor ou beneficio da lei, isenção de serviço, onus ou funcção publica:

Pena — multa de 200$ a 1:200$000.

Paragrapho unico. A' metade da pena acima comminada fica sujeito aquelle que do certificado ou attestado falso fizer uso.

Art. 256. Contrafazer, aquelle que não tiver as qualidades especificadas nos artigos antecedentes, certificado ou attestado da especie nelles prevista, alterar qualquer desses documentos quando verdadeiro, ou de algum dos mesmos fazer uso :

Pena — prisão com trabalho por dous a seis mezes.

Art. 260. Commetter o funccionario publico, em exercicio de suas funcções, algum dos crimes previstos no art. 256, ou de qualquer modo tomar parte na execução delle :

Pena — prisão com trabalho por oito mezes a dous annos.

Art. 261. Induzir em erro alguma autoridade, apresentando-lhe papel, attestado ou documento verdadeiro, attribuindo-o falsamente a si ou a outrem:

Pena — de prisão com trabalho por dous a seis mezes.»

e outros profissionaes sanitarios sejam documentos publicos, desde que os medicos salvo investidos da autoridade de uma funcção publica especial, são pessoas particulares que exercem uma profissão livre.

Nos codigos modernos, a qualidade de documento publico em taes attestados de medicos, derivou-se de um criterio objectivo, antes do que subjectivo, desde que o caracter de taes certificados deve ser o de fazer fé perante a autoridade.

O criterio pois pelo qual as legislações em geral se uniformisaram, para infligir pena menor aos delictos commettidos por medicos no passarem, por mero favor, certificados falsos de molestias, é fundado essencialmente sobre a falta de força obrigatoria em taes documentos, sobre a ausencia de interesse pessoal nos medicos, e sobre a gravidade das duvidas em que versa o homem d'arte ao passar taes certificados, quando não está certo dos soffrimentos annunciados pelo cliente, e quando, attestando a saude exporia talvez a perigo a vida humana.

Mas a benignidade da lei cessa, quando o medico, o cirurgião, ou outro profissional sanitario se tenha deixado induzir a passar ou dar certificados falsos por donativos ou promessas, porque em tal caso, um acto de mera condescendencia pessoal, ainda que imprudente, vem a transformar-se em acto de perversidade, resultante de uma grave perversidade de impulso e dos caracteres mais manifestos do dolo penal pelos dons ou promessas que se constituem o premio da criminalidade.

Em tal caso os codigos modernos usam de uma justa severidade.

O dom porém não deve ser constituido pela retribuição da visita feita pelo medico, mas deve realmente resultar como um premio pactuado ou recebido em recompensa da falsidade praticada. Nem o corruptor que instigou por tal modo o crime deve ficar immune da pena ; elle que cooperou na violação da lei deve ser igualmente punido. [1]

Mais ou menos seguindo as mesmas idéas doutrinam os autores francezes que commentam o respectivo cod. alterado neste ponto pela lei de 13 de maio de 1863. [2]

O nosso cod. pen. ainda enxertou neste capitulo o art. 256, que é um delicto *eleitoral* apezar de ter tratado de taes crimes nos arts. 165 a 178; art. 207, ns. 15 a 17; e

---

[1] Ambrogio Negri *apud* Cogliolo, OBR. CIT. vol. 2º Part. I. A. pag. 537 § 32, n. 259.

[2] Garraud, OBR CIT. vol. 3º pag. 290, n. 213; Chauveau, Hélie e Villey OBR. CIT. vol. 2º pag. 515, n. 759; Blanche e Dutruc, OBR. CIT. vol. 3º pag. 577. n. 295.

art. 208, n. 6° que pela propria numeração se vê que se acham em titulos muito differentes.

O que ha a notar especialmente sobre os arts. 252 a 254 do texto, é que o nosso cod. pen. não discrimina os attestados dos medicos, nem de outras autoridades dos attestados dos simples particulares.

E' fóra de duvida que não se tratando de attestados medicos ou de autoridades, os que são dados ou passados por particulares, como documentos meramente graciosos que são, não podem servir de elemento de criminalidade, sob pena de absurdo.

Taes documentos quando muito poderiam servir, conforme as circumstancias, de elemento do crime de estellionato, mas não de falsidade.

E' a solução no direito italiano, uma das fontes e talvez principal do nosso codigo.[1]

A transcripção que fizemos do projecto de 1899 esclarece as figuras do texto.

CAPITULO V

DA CALUMNIA, FALSO TESTEMUNHO E PERJURIO

CODIGO

Art. 261. Asseverar em juizo como testemunha, sob juramento ou affirmação, qualquer que seja o estado da causa e a natureza do processo, uma falsidade; ou negar a verdade, no todo ou em parte, sobre circumstancias essenciaes do facto a respeito do qual depuzer:

§ 1.° Si a causa em que se prestar o depoimento for civil:

Pena — de prisão cellular por tres mezes a um anno.

§ 2.° Si a causa for criminal e o depoimento para a absolvição do accusado:

Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

§ 3.° Si para a condemnação:

Pena — de prisão cellular por um a seis annos.

Art. 262. Todo aquelle que, intervindo em causa civil ou criminal, no caracter de perito, interprete, ou arbitrador, fizer, ou escrever, declarações ou informações falsas, será punido com as mesmas penas, guardadas as distincções do artigo anterior.

Paragrapho unico. A pena será augmentada da terça parte si o accusado deixar-se peitar, recebendo dinheiro, lucro, ou utilidade, para prestar depoimento falso, ou fizer declarações falsas verbaes ou por escripto.

Na mesma pena incorrerá o peitante.

---

[1] Majno, OBR. CIT. 1° vol art. 291 pag. 777, n. 2077.

Art. 263. Não terá logar imposição de pena si a pessoa que prestar depoimento falso, ou fizer falsas declarações em juizo, verbaes ou escriptas, retractar-se antes de ser proferida sentença na causa.

Art. 264. Dar queixa, ou denuncia, contra alguem imputando-lhe falsa e dolosamente factos que, si fossem verdadeiros, constituiriam crime e sujeitariam seu autor á acção criminal:

Pena — a do crime imputado.

COMMENTARIO

94. Preveniremos a explicação do capitulo repetindo na parte respectiva o que noutro lugar dissemos sobre a ultima secção deste titulo do codigo e as disposições do primitivo projecto de revisão :

« Quanto ao ultimo capitulo deste titulo, considerando o projecto como *diffamação* o que póde-se dizer vulgarmente entre nós se chama *calumnia*, deu-se a este vocabulo a significação que só em parte lhe attribue o codigo de 1830, art. 235, collocando a accusação calumniosa sob o titulo da calumnia.

O codigo actual colloca neste logar este facto e o perjurio.

O projecto classifica sob um só capitulo as figuras congeneres, corrigindo as noções existentes, de modo a discriminar as varias especies entre si.

Assim, o *perjurio* é a falsidade em juizo, pelo juramento ou affirmação da *parte*, em causa *civil*.

Segue-se a acção calumniosa e a simulação de provas, uma modalidade desta, com as penas graduadas em relação á gravidade da accusação.

O projecto repelliu o *talião* que o codigo actual desenterrou das tradições da vindicta, como fez o Codigo Portuguez e subsistia nos italianos anteriores e em alguns dos cantões suissos. [1]

E o talião cruel em certos casos, falha em outros, porque não se deve punir o falsario que consegue fazer punir o innocente com uma pena ligeira, com a mesma pena imposta a este.

O codigo de 1830, no art. 235, mitigava o talião, tendo no art. 169 edictado penas muito severas para o que chamou *perjurio*, isto é, para o testemunho falso.

O projecto tambem regula os casos de retractação, instituto que acceitou, apezar da diversidade das legislações sobre elle.

E adoptou uma nova figura de incriminação geral, a que consiste em condições restrictas no facto daquelle que deixou de avisar a autoridade ou ao interessado de provas capazes

---

[1] Lacointa, CODE PÉNAL D'ITALIE, pag. 105.

de salvar um innocente; ella figura no codigo da Hungria, art. 230, e os projectos da Austria, de 1881 (§ 176) e de Neufchatel, não faltando outros, como reconheceu Zanardelli na Italia, embora não o tenha admittido no seu codigo. [1]

O falso testemunho obedece tambem em geral ás regras expostas e ao falso testemunho são equiparadas as pericias, traducções e actos semelhantes falsos, consignando e coordenando o projecto a falsidade em juizo com a aggravante do suborno. [2]

Nós vamos tratar neste capitulo do que na doutrina e na legislação se chama *a falsidade em juizo*.

Este crime póde realisar-se por quatro fórmas differentes, conforme o codigo italiano, arts. 211 a 221, e outros, que as consideram como delictos contra a administração da justiça: a *simulação de crime*, a *calumnia*, *declaração falsa* da testemunha, perito ou interprete e o perjurio da parte litigante em juizo.

O nosso codigo penal nos artigos do texto não contempla, nem a primeira fórma, nem a ultima; o mesmo silencio nota-se no projecto de 1899; os projectos porém de 1893, 1896 e 1897 só não contemplam a primeira fórma, isto é, a simulação de crime *per se*, contemplando as outras tres inclusive o perjurio.

Em primeiro lugar, tratemos da *calumnia*.

Como diz Crivellari, o crime de calumnia é uma das mais graves offensas que se possa fazer á justiça publica e o mais odioso ultrage que se possa imaginar em prejuizo de um cidadão.

O calumniador tenta converter a justiça e os magistrados que a representam em instrumentos da propria iniquidade para arrastal-os á condemnação do innocente e expõe este aos perigos e aos damnos dum julgamento por um facto de que elle não é auctor.

E' um delicto mais grave do que a simulação de crime o facto previsto no art. 234 do texto do codigo, aliás incompleto, mas corrigido nos projectos de revisão, de 1899, arts. 262 e 263.

Dizia Marciano: *calumniari est falsa crimina intendere*, isto é, accusar alguem por um crime de que sabe ser innocente.

A calumnia distingue-se da simulação de crime, porque consiste na indicação dum ou mais individuos como culpados de crime, entretanto que na simulação de crime não se accusa ninguem.

Todas as legislações são concordes na punição do calumniador.

---

[1] Relazione cit. III, pag. 112, not. 1.
[2] Exposição de motivos do projecto de 1893, pag. 15.

O codigo francez reunia numa só cathegoria a calumnia e a diffamação calumniosa.

A lei de 17 de maio de 1819 occupando-se desta deixou sómente subsistir no codigo, art. 373, a denuncia calumniosa. [1]

Mas, como nota Pessina, ellas são distinctas entre si, porque a calumnia presuppõe uma queixa ou denuncia por crime intentado perante a justiça ou a autoridade do Estado, ao passo que a diffamação calumniosa é uma accusação que se formúla perante a consciencia publica, e póde ter como conteúdo, quer attribuir a alguem um facto delictuoso, quer attribuir-lhe sómente um facto deshonroso.

Mas note-se, entre parenthesis, que conforme o nosso cod. art. 315, a diffamação que elle chama calumnia é só e sempre a attribuição dum facto criminoso.

Commentando o cod. ital. art. 212, parallelo ao art. 264 do texto do nosso, Carrara observa que este crime dictado por ideias baixas de vingança, ou por profunda malvadez, é de grave entidade pelas consequencias deploraveis que póde ter nas relações da pessoa que delle é victima, como nas relações da administração da justiça, a qual procede no exercicio do proprio ministerio sobre uma base falsa.

Em relação á moralidade de sua externação, a calumnia é *verbal* ou *directa*, e *real* ou *indirecta*, resumindo-se a primeira na denuncia ou queixa á autoridade por um terceiro, como autor dum crime, ao passo que não o é; e reduzindo-se a segunda a simular os traços ou vestigios dum crime contra um innocente. O cod. ital. art. 212 comprehende ambas essas fórmas do crime.

Entretanto o nosso cod. art. 264, só comprehende a primeira fórma e não a segunda que omittiu, o que porém foi supprido nos projectos de revisão.

E como trata-se, diz ainda Carrara, dum crime que tem por elemento principal a incriminação dolosa dum innocente, é absolutamente necessario que o autor saiba e conheça a innocencia da pessoa por elle calumniada, sem o que não se poderá nunca fallar da concretisação do crime mesmo. Ficão portanto excluidas desta fórma de criminalidade as informações arriscadas, precipitadas, ligeiras, dictadas por animo máo ou por espirito de maledicencia.

Este dolo caracteristico da acção, prescindindo do disposto no art. 45, não entendeu o legislador saliental-o com as expressões costumadas de *dolosamente* ou *intenção de prejudicar*, como prescreviam o cod. toscano e o de 1859, pela razão de que o dolo e o prejuizo á pessoa calumniada estão encarnados na acção mesma da denuncia falsa e na consciencia da innocencia da victima.

---

[1] Blanche & Dutruc, Obr. Cit. vol. 5º pag. 512, n. 408.

Ao contrario, o nosso cod. pen. art. 264, não obstante a disposição geral do art. 24, diz : — imputando-lhe falsa e *dolosamente* factos etc...

95. A seu turno, diz Pessina que as condições do crime de calumnia são duas :

1) a accusação de crime formulada contra alguem ;
2) a consciencia no accusador da innocencia daquelle que elle accusa.

Quanto á primeira condição, a lei italiana não exige accusação formal ; basta produzir a *notitia criminis* com a indicação do autor do crime.

O conteúdo da accusação deve ser um facto criminoso ; e a fórma necessaria é a da *inscriptio* e da *subscriptio in crimen*. Assim que uma accusação anonyma não póde dar lugar á calumnia, salvo si se tratar de simulação dos vestigios ou indicios dum crime, porque neste caso tambem a denuncia anonyma pode dar origem a um procedimento penal.

Isto está de accordo com o projecto de 1899, art. 262 ; mas é inapplicavel ao nosso codigo vigente art. 264, porque este não contempla como fórma da calumnia a simulação de crime.

Entretanto convém notar sobre este elemento da calumnia que o art. 264 do nosso codigo parece exigir uma queixa ou denuncia em fórma, porque a sua dicção é muito differente da do codigo italiano seguida pelos projectos.

Assim, não sabemos, si conforme a lettra do art. 264, poder-se-hia considerar como elemento da calumnia a queixa nas condições previstas na lei n. 76 de 16 de agosto de 1892 que — reorganisa o serviço policial do Districto federal — quando diz:

«Art. 16. Cabe á acção da justiça publica o procedimento para a punição do crime de furto, sem embargo da excepção do n. 1 do § 2º do art. 407 do Codigo Penal, quando provado o procedimento official por *queixa* escripta ou *verbal* reduzida a termo, da parte *offendida*.»

Duvida identica suggere o caso em relação á uma especie da lei n. 628 de 28 de outubro de 1899 que — amplia a acção por denuncia do Ministerio Publico e dá outras providencias, quando diz:

« Art. 1.º Compete a acção penal por denuncia do Ministerio Publico nos crimes de:

I. Furto ;

Paragrapho unico. A acção publica será iniciada *sob representação do offendido,* si o furto se der entre parentes e affins até o 4º gráo civil, não comprehendidos na

disposição do art. 335 do Codigo Penal que continua em vigor. » [1]

A dicção rigida do art. 264 oppõe-se á qualquer ampliação aliás vedada pela não menos rigida do art. 1º.

As duvidas que suggere o nosso codigo penal são tanto mais serias, quanto as legislações não são uniformes.

A' opinião de Pessina, de accordo com a jurisprudencia italiana, se acostam outros, dentre estes Perroni Ferranti que combate a opinião diversa de Puglia.

Ao contrario em França, o codigo, art. 373, exige a denuncia *por escripto* e sobre esta base se tem formado alli a jurisprudencia e a doutrina dos autores. [2]

Quanto agora ao segundo elemento da calumnia, elle comprehende duas condições ou requisitos: um é a *falsidade* do seu conteúdo e o outro é a *consciencia de tal falsidade*.

Não ha necessidade sempre de um julgamento penal, que se encerre com a prova da falsidade da accusação, para dar logar ao processo por calumnia, podendo tanto a falsidade da accusação, como a sciencia dessa falsidade serem provadas sem que seja mister um julgamento penal analogo; mas, para dizer-se provada a calumnia é preciso que se prove uma e outra condição, isto é, a innocencia do accusado e a consciencia desta innocencia no accusador.

Esta opinião de Pessina, Impallomeni e outros é pelo menos restringida por Innamorati quanto á calumnia sob a fórma de simulação de crime, chamada tambem *real* e *indirecta*, de que aliás não cogitou o nosso codigo e sómente os projectos [3].

Quanto ao que respeita á penalidade comminada a este crime, a lei italiana diz Carrara, reconheceu *a priori* a autonomia do delicto da calumnia, abandonando as vetustas theorias da medida do talião condemnadas pela sciencia.

Na medida da pena si tem distinguido uma gradação sómente nas relações das consequencias do processo iniciado sobre a base da falsa denuncia, augmentando a pena no caso que esta tenha tido como exito uma condemnação do calumniado e proporcionando tal augmento com a maior ou menor entidade da condemnação [4].

Os projectos de revisão do nosso codigo estabeleceram as modalidades das especies graduando por ellas a penalidade;

---

[1] REVISTA DE JURISPRUDENCIA CIT., vol. 8º pags. 102 e 201, onde vem *commentados* a citada lei com referencias á anterior e o regulamento da ultima, dado pelo Decr. n. 3475 de 4 de novembro de 1899.

[2] Perroni Ferranti, *apud* Cogliolo, OBR. CIT., vol. 2º Part. I A, pag. 36, n. 3, Chauveau, Hélie e Villey, OBR. CIT., vol. 4º pag. 605, n. 1838.

[3] Innamorati, SUI DELITTI CONTRO L'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA, Roma, 1895, pag. 91.

[4] Carrara, COMMENTO CIT. art. 212, pag. 133; Pessina, MANUALE CIT. pag. 166, § 159.

mas, os projectos de 1896 e 1899, seguindo o codigo, estabeceram o talião para o caso de condemnação do calumniado [1].

Sobre a intelligencia do art. 264 do texto vamos citar alguns arestos.

«Quando a requerimento de alguem se procede ao competente inquerito policial contra um supposto delinquente, não póde este, por esse simples motivo, usar contra esse requerente da acção penal autorisada pelo art. 264 do codigo penal.

«Se qualquer pessoa apresentar queixa contra um supposto delinquente e fôr ella declarada improcedente no despacho de não pronuncia, não póde tambem ser processado o queixoso com fundamento no citado art. 264: Accordão do Conselho Supremo da Côrte de Appellação de 2 de abril de 1895.

«O delicto de denuncia calumniosa se constitúe quando alguem imputa a outrem falsa e dolosamente factos que se fossem verdadeiros constituiriam crime e sujeitariam seu autor á acção criminal.

«A sentença de impronuncia não contitúe decisão judiciaria definitiva.

«A erronea apreciação de um facto não constitúe a má fé»: Sentença do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal de 27 de fevereiro de 1899.

Acceitamos a doutrina destes arestos quando firmam o principio de ser essencial o dolo no denunciante, isto é, a consciencia da innocencia do denunciado; isto, não obstante as observações da Revista que os publicou aliás comprehensivas de outros pontos do julgado.[2]

---

[1] Projecto de 1899:

«Art. 262. Dar queixa, ou denuncia em juizo, ou perante autoridade competente para encaminhal-a, imputando falsamente um crime a outrem; ou simular contra alguem vestigio, ou indicio material de crime:

Pena — prisão com trabalho por um a tres annos, e perda do officio ou mprego publico que exercer.

Paragrapho unico. Si por effeito da falsa imputação for alguem condemnado:

Pena — a mesma do crime em que o condemnado tiver incorrido.

Art. 263. As penas estabelecidas no artigo antecedente serão diminuidas de dous terços, quando o culpado do crime previsto no mesmo artigo retractar-se da imputação, ou revelar a simulação, antes de qualquer procedimento contra a pessoa calumniada; e serão diminuidas da metade, si a retractação ou revelação realisar-se posteriormente, mas sempre antes de ser pronunciado o *veredictum* dos juizes de facto nos julgamentos do jury, ou a sentença nos outros juizos ou tribunaes, ácerca do facto falsamente imputado.»

[2] Revista de Jurisprudencia cit., vol. 2º. Pag. 97; vol. 5º, pagina 422, com *observações*.

A mesma doutrina resultava da disposições do codigo criminal de 1830 quando dizia:

« Art. 235. A accusação proposta em juizo, provando-se ser *calumniosa, e intentada de má fé*, será punida com a pena do crime imputado, no gráo minimo. »

Dos dous arestos que vão seguir não concordamos com a doutrina do primeiro á vista do que expuzemos sobre a materia.

« Para que exista a denuncia calumniosa é necessario que a falsidade do acto criminoso attribuido ao querellado, seja demonstrada por uma decisão judiciaria definitiva.

« Não se póde considerar decisão judiciaria o despacho do promotor publico requerendo o archivamento do inquerito » : Sentença do mesmo juiz de 11 de fevereiro de 1895.

« São elementos constitutivos do crime de denuncia calumniosa a falsidade dos factos arguidos e má fé do denunciante » : Sentença do mesmo juiz de 5 de agosto de 1895. [1]

O crime previsto no art. 264 do codigo penal não existe sem que, quem apresentou a queixa contra outrem, imputando-lhe falsa e dolosamente factos que, se fossem verdadeiros, constituiriam crime e sujeitariam o seu autor á acção criminal, tenha decahido por sentença definitiva.

« Não se entende por sentença definitiva o despacho de não pronuncia, ainda que confirmada em gráo de recurso, mas a decisão de ultima instancia soberanamente julgada.

« Intelligencia do art. 264 do codigo penal e do art. 327 do codigo de processo criminal » : Accordão do Conselho do Tribunal Civil e Criminal de 5 de setembro de 1896 — Salvador Muniz, *relator*.

« Denunciação calumniosa. Intelligencia do art. 264 do codigo penal » : Accordão da Relação de *Petropolis* de 11 de setembro de 1896, Palma, *relator*, com voto *vencido* Santos Campos.[2]

Não podemos acceitar a doutrina deste aresto, porque o art. 264 do codigo penal refere-se á queixa ou denuncia simplesmente e nem ao menos se refere á *accusação* proposta em juizo como fazia o codigo anterior, art. 235 ; portanto, dados os elementos constitutivos do crime, isto é, a falsidade e a consciencia desta falsidade no queixoso ou denunciante, a acção se consumma com a apresentação da queixa ou denuncia calumniosa.

---

[1] Viveiros de Castro, SENTENÇAS E DECISÕES cit. Pags. 17, 43 e 83.
[2] O DIREITO, vol. 75, pag. 255; vol. 74, pag. 104.

A doutrina sobre o codigo italiano, fonte do nosso, conforme Pessina, cuja opinião expuzemos (p. 292) é contraria ao aresto. [1]

Tambem o art. 327 do codigo do processo criminal não suffraga o aresto.

96. O nosso cod. pen., arts. 261 a 263, que são os outros deste capitulo prevê o *falso testemunho*, que é uma fórma diversa da antecedente da *falsidade* judicial.

Os projectos de revisão alteraram muito o cod. pen. nesta materia, edictando o de 1899, art. 265, ainda o talião que o cod. abandonou aqui.

A mais grave das fórmas entre a falsidade judicial é a declaração falsa das testemunhas.

O falso testemunho é como o perjurio e com differença do suborno, um delicto *formal*: não é uma tentativa, nem admitte a noção da tentativa, quanto a si.

O homem, mostra Innamorati, que tem necessidade de provar, que tem necessidade de saber, precisa recorrer para dar fé ás proprias palavras, ou para instruir-se dos factos que elle pessoalmente não presenciou, ao dicto, ao testemunho doutrem. Servir-se de testemunhas para saber, descobrir e provar o que interessa, é meio primitivo, natural, inevitavel para o homem.

A justiça não poderia absolutamente sem testemunhas proceder, tanto que não ha processo em que não figurem testemunhas, entretanto que é accidental o concurso d'outros meios de prova; e na linguagem popular e commum, que inadvertidamente reflecte as situações de facto mais obvias e mais geraes encontramos a palavra *prova* adoptada por si só como synonima para indicar sem mais outra a *prova testemunhal*.

Portanto basta enunciar que interessa em summo gráo á administração da justiça que as testemunhas sejam veridicas; e por isso disseram: Claro, que — *arbitror nullum esse crimen perniciosius republicæ* — e Farinacio que — *falsi testes pejores sunt furibus, latronibus et abigeis*.

E Chauveau e Hélie, recordando taes sentenças, observam que o falso testemunho é com effeito um acto grave em si mesmo: a testemunha trahe um juramento solemnemente prestado e seu perjurio tem por fim transviar a justiça e impôr uma mentira ao seu julgamento. Mas a gravidade deste crime depende principalmente do objecto ao qual se applica o falso testemunho: depoimento falso é uma arma occulta com o auxilio da qual o agente despoja suas victimas, as deshonra ou as assassina; este crime participa, pois, ora do furto, ora da calumnia, ora do assassinato; algumas

---

[1] Pessina, MANUALE CIT. § 159, pag. 167, pr.

vezes não tem por fim sinão velar o crime para subtrahir o culpado à pena e é a sociedade inteira que se acha lesada por esta deploravel fraqueza.

O cod. francez, arts. 361 a 366, collocou no mesmo § o falso testemunho, o suborno de testemunhas e o falso juramento prestado em materia civil [1].

Innamorati, alludindo a estas palavras, accrescenta que ellas são fortes, mas com certeza não são excessivas, embora não exactissimas não entendidas nos seus devidos termos.

Entende-se que o falso testemunho é uma fórma em que póde entrar ou póde conter materia diversa; mas não se creia que a sua natureza e essencia dependa do seu escopo, diante do qual viria aliás a assumir a funcção d'uma tentativa.

A sua natureza ontologica, a essencialidade que a constitue é a offensa á justiça e não outra cousa, de modo que guarda em sua exhibição sua constante autonomia entre as maneiras diversas por que se externa e diante dos differentes escopos que mira.

Como não é mais essencial ao falso testemunho o ser acompanhado do juramento, assim o evento produzido póde aggraval-o, mas não lhe póde dar côr ou caracter o evento a que se dirija ou a materia a que se refira.

Quando ao juramento e á invocação de Deus testemunha e vingador se dava importancia preponderante e exagerada consideração, o falso testemunho foi reputado um sacrilegio, um crime contra a religião, e logicamente considerou-se que o crime não existisse sinão acompanhado e garantido pelo juramento.

Ao objectivo da justiça publica se deve, uma vez subtrahido aos influxos theologicos, modifical-o e affirmar como crime o falso testemunho ainda mesmo não acompanhado de juramento.

E assim, se se fosse deslisando pelo declive que se propõe o agente «segundo a natureza do crime que quer realizar» poder-se-ia correr o risco de consideral-o delicto *imperfeito* desde que não tivesse attingido o seu escopo e de não consideral-o punivel quando dirigido a um fim bom como, por exemplo, seria a absolvição de um indiciado innocente.

E' só reduzindo-o ao seu objectivo da offensa á administração da justiça social, cujo ambiente todos teem interesse e direito que não seja perturbado pela falsidade; é só assim que se justifica e se comprehende ver em si mesmo o falso testemunho um delicto *perfeito* e não ser licito, nem mesmo com o escopo de salvar innocentes, mentir. [2]

---

[1] Chauveau, Hélie e Villey, OBR. CIT., vol 4º, pag. 532, n. 1775.
[2] Innamorati, OBR CIT., pag. 113.

Nas leis anteriores ao direito romano era já punido gravemente o testemunho falso.

No direito romano antiquissimo foi estabelecida como pena para a testemunha falsa a *praecipitatio* e *saxo;* posteriormente a *Lex Cornelia de falsis* classificou entre os *crimina falsi* o falso testemunho.

Nas leis germanicas era cortada a mão que a testemunha falsa havia levantado para perjurar em prejuizo de outrem.

O direito canonico puniu a falsidade judicial com as mais rigorosas penitencias.

E no direito antigo italiano a calumnia foi punida com o criterio quantitativo do talião e isto apparelhou a gradação da pena da calumnia nas leis modernas.

A ord. do liv. 5º, tit. 54, punia, conforme os casos, o mesmo crime, com a morte, açoites, degredo perpetuo ou temporario.

O codigo francez classificou entre os delictos contra as pessoas a calumnia e o falso testemunho, estabelecendo normas coherentes com as idéas juridicas, as quaes attribuem á prova testemunhal um valor inferior ao da prova escripta e commettem a sua avaliação ao criterio moral do juiz.

Nos codigos italianos anteriores as doutrinas do codigo francez foram reproduzidas. Mas o codigo sardo de 1859, tinha introduzido uma distincção no crime de testemunho falso, attribuindo a este a significação exclusiva da affirmação da inverdade como verdade, e contemplando como um crime menor, e do mesmo affim, a *occultação da verdade* por obra da testemunha.

Esta gradação não se achava no codigo toscano, conforme o qual é *falsidade* não só a affirmação dolosa da inverdade, mas tambem a occultação da verdade. [1]

97. O codigo italiano vigente, art. 214, no dizer de Pessina, enuncia o delicto de falso testemunho delineando todas as fórmas possiveis: « é testemunha falsa aquelle que depondo, como testemunha, perante a autoridade judiciaria, *affirma a falsidade*, ou *nega a verdade*, ou *cala*, no todo ou em parte, *aquillo que sabe*, em relação aos factos sobre que é interrogado. »

Os projectos de 1893 e 1897 não fizeram mais do que traduzir esse conceito; mas nos posteriores de 1896 e 1899 elle é um pouco differente. [2]

---

[1] Pessina, Manuale Cit. pag 169, § 162.

[2] Projecto de 1899:

« Art. 265. Depor falsamente em juizo como testemunha, negar a verdade ou calar no todo ou em parte o que souber ácerca de qualquer facto sobre que for interrogado,... etc. »

Mas o conceito do art. 261 do texto é muito differente, porque o nosso cod. diz que é testemunho falso— « *asseverar* em juizo como testemunha, sob juramento ou affirmação, qualquer que seja o estado da causa, e a natureza do processo, uma *falsidade;* ou *negar* a verdade, no todo ou em parte, sobre circumstancias essenciaes do facto a respeito do qual depuzer. »

Commentando a fonte do nosso cod., nota Carrara que a nova locução do texto parallelo reconduziu o crime da falsidade em juizo ao seu verdadeiro conceito. No projecto se tinha concretisado o delicto, tambem quando o depoimento fosse dado á uma outra autoridade que não fosse a judiciaria. Isto não era exacto, porque o julgamento a que a falsidade é relativa não póde ter logar sinão perante magistrados, seja nas audiencias ou sessões dos tribunaes, pretorias ou côrtes, seja no jury.

No crime de testemunho falso conceituado no art. 214 do cod. ital. está comprehendida tambem a reticencia, a qual além de ser contemplada com a palavra *cala,* por indole e effeitos é affim da disposição da falsidade. E na verdade o silencio se reduz á uma falsidade, porque se diz ignorar o que se sabe. Relativamente aos effeitos, ella acarreta igual prejuizo á justiça, transviando-a do recto caminho e impede que este seja descoberto e seguido.

Do contexto do artigo, diz ainda Carrara, o que se concilia com o nosso cod., art. 261 §§ 1 a 3 e os projectos, é evidente que se contempla tanto o depoimento falso no juizo *penal,* como no *civil,* si bem que o primeiro por suas consequencias e pela solemnidade com que é feito mereça uma punição maior.

Não é mister que o *juramento* acompanhe o depoimento, porque tal circumstancia póde constituir uma aggravante, nunca um elemento necessario do crime, toda a vez que a figura deste se classifica entre os crimes contra a administração da justiça, e não contra a religião. [1]

Note-se, porém, á vista do exposto que o nosso cod. pen. omittiu a *reticencia* e portanto entre nós não é crime o facto da testemunha que *cala* o que sabe sobre as cousas para que é chamada a depôr.

Em segundo logar, note-se que tambem não ha crime da parte da testemunha que não *jurar* ou não fizer a affirmação de dizer a verdade.

E por isso diziamos que o conceito do art. 261 era muito differente da sua fonte, seguida pelos projectos de revisão.

---

[1] Carrara, COMMENTO CIT., art. 214, pag. 135.

O principio na jurisprudencia franceza é que não ha depoimento falso sem juramento.

Mas, si o incapaz dissimula sua situação legal e depõe, ou o presidente da *Cour d'Assises* no uso de sua faculdade discricionaria chama qualquer pessoa simplesmente para dar informações e ella faz declarações sob juramento, é claro que ha depoimento e punivel quando falso. [1]

No art. 262, o nosso cod. pen. equipara á testemunha o perito, interprete ou arbitrador, punindo-os com as mesmas penas.

E effectivamente, como diz Pessina, que por delicto de falso testemunho se deve entender não só a declaração falsa da testemunha em sentido estricto, mas, além disto, a falsa deposição do *interprete,* e o laudo ou parecer falso, quer escripto, quer oral, do *perito,* porque no fundo, o perito certifica, affirma ou attesta factos, cujo conhecimento presuppõe certas aptidões especiaes que servem para esclarecer a justiça; e o interprete é ao mesmo tempo testemunha e perito em juizo quando é admittido, quér a traduzir de um idioma para um outro, as declarações oraes ou os documentos, quer a esclarecer disposições judiciaes de surdos ou de mudos, ou de surdos-mudos. [2]

O paragrapho unico do art. 262 prevê o *suborno,* mas está tão mal collocado que parece referir-se sómente aos interpretes e peritos quando se refere tambem ás testemunhas.

Ainda sobre disposições parallelas do Cod. ital. arts. 218 a 220, fonte do nosso, e principalmente dos projectos, expõe Crivellari, em resumo, que o legislador erigio aqui o suborno em crime especial, como aggravante do testemunho falso e cujos elementos especificos se pódem reduzir a tres.

Assim, é mister em primeiro logar que haja um suborno de testemunha, interprete ou perito, o que é difficil conter numa formula comprehendendo todas as variantes, mas juridicamente significa *determinar, excitar, induzir, instigar* uma testemunha, perito, ou interprete para commetter o delicto de testemunho falso.

Em segundo logar, é mister que o suborno se refira ou seja dirigido á testemunha afim de que esta commetta o crime previsto nas respectivas disposições, isto é, pelo nosso Cod., arts. 261 e 262.

Portanto, fóra das hypotheses previstas não ha suborno. Não haveria no caso em que elle verse para que a testemunha *cale,* porque, como vimos, esta hypothese está fóra do nosso

---

[1] Blanche & Dutruc, OBR. CIT. vol. 5.°, pag. 431, n. 355.
[2] Pessina, MANUALE CIT., pag. 168, § 161.

Codigo. Tambem só ha suborno referente á deposição perante os juizes e tribunaes, porque isto é condição do falso testemunho.

O terceiro e ultimo elemento a que allude Crivellari parece-nos inapplicavel ao nosso Codigo, cuja dicção é differente do Cod. italiano, art. 218, por não exigir como esta que o depoimento falso se realize. Isto, entenda-se, bem em relação ao subornador ou peitante, porque quanto á testemunha, sem que ella deponha e falsamente o suborno não póde produzir o seu effeito.

E nem isto é de admirar porque o suborno é uma aggravante do testemunho falso e nelle está encarnada. [1]

Resta a *retractação* prevista no art. 263 do texto e cuja disposição só comprehende a retractação *extinctiva* e não a *attenuante*, ao contrario dos projectos de revisão, de 1899, art. 267, que prevê uma e outra.

Justificando a retractação *extinctiva*, diz Carrara, que quanto á impunidade concedida áquelle que se retracta em tempo util da inverdade ou falsidade, se bem que nem todos os codigos europeus, especialmente o francez e o belga a reconheção, a maior parte porém a toma em consideração.

Tambem em França a opinião unanime dos tribunaes é concorde em reparar ou supprir esta lacuna da lei.

Assim Chauveau e Hélie sustentam que sendo elementos do crime de testemunho falso a possibilidade de damno e a desorientação da acção da justiça e não verificando-se estas circumstancias com a retractação subsequente feita pela testemunha falsa em tempo util, o crime desapparece e é logico que disto derive a impunidade do culpado [2].

Depois Carrara dizendo que é difficil achar o momento *ad quem*, a retractação póde produzir a impunidade, discute-a especialmente em face do direito italiano . [3]

O alludido momento conforme o texto do nosso codigo art. 263 é, *antes de ser proferida* SENTENÇA *na causa*—o que se deve entender por sentença *definitiva*, ou ao menos *final*, ainda que dependente de recurso e de *revisão* sem nenhuma duvida, porque é um recurso extraordinario que presuppõe sentença *definitiva* passada em julgado . [4]

Convem notar que os projectos de revisão melhoraram muito o codigo vigente neste capitulo extremando rigorosamente as especies e as suas modalidades, comprehendendo as diversas gradações da pena e referindo-se precisamente ás isenções de pena, assim como ás aggravantes e atte-

---

[1] Crivellari, OBR. CIT., vol. 6º, pag. 570, ns. 151 e seguintes.

[2] Chauveau, Hélie e Villey, OBR. CIT., vol. 4º, pag. 554, n. 1794.

[3] Carrara, COMMENTO CIT., art. 216, pag. 137.

[4] Do autor: A REVISÃO DOS PROCESSOS PENAES, Rio de Janeiro. 1899 Cap. II, pag. 17.

nuantes, o que absolutamente deixou de fazer o codigo penal nos concisos e deficientes artigos do texto.

98. Em todos os projectos estava previsto o *perjurio*, mas na ultima votação da camara dos deputados foi approvada uma emenda suppressiva da respectiva disposição do projecto de 1896, art. 262, de modo que a figura não existe na redacção final que é o projecto de 1899 que mantem assim o silencio do codigo penal vigente.

A questão portanto, só póde ter para nós um interesse theorico e historico.

No parecer da commissão parlamentar que acceitou a emenda suppressiva alludida não ha uma palavra justificando essa acceitação.

E como o perjurio não figura no codigo nem no projecto de 1899 nos limitaremos a dizer pouco sobre elle que póde ser definido: o *juramento* falso ou a *affirmação* de *falsidade* da *parte* perante o juizo em causa *civil*.

A materia é controvertida entre os autores.

Assim é verdade que Puglia reconhece ser uma grave questão, á que respeita á punibilidade do *perjurio* em um julgamento civil.

O ministro Zanardelli, relatando o seu projecto convertido no codigo italiano vigente alludia aos tres diversos systemas adoptados na doutrina e na legislação acerca da questão.

Observaremos sómente que o novo codigo collocou entre os delictos de que tratamos o perjurio no julgamento civil, sem distincção de falsidade de juramento *decisorio* e falsidade de juramento deferido pelo juiz, *suppletorio*.

E aqui surge a questão sobre a conciliação da antinomia possivel entre o art. 221 do codigo penal italiano e o art. 1370 do codigo civil, onde está estabelecido, que se foi prestado o juramento deferido ou referido não se admitte á outra parte provar a falsidade delle. E na verdade, como poder-se-ia evitar-se que se exclua a prohibição do art. 1370? Como se poderia evitar a prohibição da prova testemunhal conforme as normas civis, deferindo antes o juramento, e depois impugnando, com querela penal que abre a instancia á prova testemunhal, a verdade do juramento prestado para obter a titulo de damnos e interesses resultantes do crime aquillo que não é permittido obter em acção civil por falta de prova por escripto ou de principio de prova escripta?

A jurisprudencia franceza, tratando tambem ella de pôr em harmonia o codigo civil e o penal teem estabelecido como principios, que não se possa admittir a prova do perjurio no juizo penal, quando esta não é admissivel por direito civil e que não se possa constituir como parte civil o prejudicado pelo juramento [1].

---

[1] Puglia, Manuale cit. 2º vol., art. 221, pag. 141.

Os mesmos principios seriam acceitaveis sob o imperio do novo codigo penal [1].

O relatorio alludido responde ás objecções de Puglia, assignalando o exemplo das outras legislações [2].

E effectivamente Pessina, resumindo a historia e a controversia sobre o *perjurio*, nota que o codigo francez, além do italiano, tem de seu lado nesta parte admittido o perjurio, o direito inglez e o americano, os codigos allemães, a lei sueca de 1864, o codigo penal belga, o do imperio allemão, o do Tessino, o de Zurich e o hollandez [3].

99. Vamos consignar alguns arestos sobre o testemunho falso, como interpretativos dos arts. 261 a 263 do texto.

«Para dar-se a constituição juridica do delicto de testemunho falso, devem concorrer as diversas condições do art. 261 do codigo penal.»

Estas condições são:

a) que o agente do delicto tenha deposto como testemunha em causa ou processo;

b) que tal causa ou processo esteja affecto á autoridade judiciaria ou á *policial, quando funcciona como tribunal de justiça*;

c) que a testemunha haja prestado juramento ou affirmação;

d) que tenha asseverado uma falsidade ou negado a verdade, no todo ou em parte sobre circumstancias essenciaes;

e) que tenha agido com a intenção de enganar a justiça.

«Deve distinguir-se o testemunho falso em causa civil do testemunho em causa criminal.

Cumpre tambem differenciar-se o depoimento a favor da absolvição do accusado em causa crime do prestado para a sua condemnação.

A retractação do testemunho falso para a isenção da pena só é admissivel nos termos do art. 263 do citado codigo.

O testemunho falso póde consumar-se quer no juizo preparatorio ou summariante, quer no plenario.» (Accordam do conselho do Tribunal Civil e Criminal, 2 de Abril 1898, Muniz Barreto, *presidente e relator*.)

«O crime do art. 261 do codigo penal só é punivel depois de proferida sentença na causa.

---

[1] Garraud, Obr. cit., 5º vol. pag. 25, n. 21.
[2] Majno, Obr. cit. 1º vol., pag. 614, n. 1085, art. 221.
[3] Pessina, Manuale cit. pag. 173 § 165.

Assim tratando-se de depoimento em uma simples justificação para documento, o testemunho falso só se verifica si na causa em que fôr ella apresentada, o juiz lhe der valor probatorio ao proferir a sentença julgadora. «Accordam do conselho do Tribunal civil e criminal, 30 de novembro de 1899, Muniz Barreto, *presidente e relator*. [1]

A' vista do que opportunamente expuzemos não concordamos com a doutrina de que o depoimento falso possa ser incriminado e punido quando prestado ante a autoridade policial, ainda mesmo por absurdo *legis*, fazendo de tribunal de justiça. (n. 97). A doutrina do aresto de 2 de abril de 1898 foi alterada pelo seguinte :

« O art. 261 § 3º do codigo penal presuppõe o depoimento falso prestado para a condemnação do réo, e portanto não póde o depoimento ser considerado tal em summario julgado improcedente. Só ha testemunho falso no depoimento que assevera uma falsidade ou nega a verdade. Intelligencia do art. 261 do codigo penal. » Accordam da Côrte de Appellação, 3 de outubro de 1899.

« O crime de falsidade só se constitue depois que o depoimento da testemunha se torna *definitivo e irrevogavel*, sendo preciso que a falsidade se dê sobre ponto principal da causa. « Accordam Relação *Minas Geraes*, 24 de outubro de 1896 [2].

« São elementos constitutivos do crime de testemunho falso :

1º. que o depoimento seja prestado em juizo, sob juramento ou affirmação, qualquer que seja o estado da causa ou a natureza do processo ;

2º. que a alteração da verdade no todo ou em parte verse sobre circumstancias essenciaes do facto ;

3º. que do depoimento resulte um prejuizo ou a possibilidade de um prejuizo ;

4º. que haja da parte do delinquente intenção fraudulenta.

E' necessario provar que a falsidade do depoimento resultou do dólo, da má fé da testemunha. Na ausencia de prova presume-se um equivoco, um erro não intencional.

E' necessario que o depoimento da testemunha tenha sido prestado em *juizo*. A expressão *juizo* só comprehende o tribunal competente para instruir o processo civil ou penal e sobre as fórmas determinadas na lei do processo.

Inquerito policial não constitue juizo, porque é um simples acto preparatorio de averiguação, um documento que instrue a denuncia ou queixa.

---

[1] Revista de Jurisprudencia cit., vol. 3º. pag. 138; vol 8º. pag. 101.

[2] O Direito, vol. 80, pag. 563; vol. 81, pag. 267.

Não podem, portanto, incorrer na sancção penal de testemunho falso os depoimentos prestados no inquerito policial.

E' tambem necessario que o depoimento prestado seja irrevogavel, não possa mais ser retractado. Por isso não constitue testemunho falso os depoimentos prestados na formação da culpa, porque a testemunha póde ainda retractar-se no plenario, restabelecendo a verdade dos factos.

Demais, o codigo penal gradúa a pena segundo o depoimento é prestado para absolvição ou condemnação, absolvição ou condemnação sómente póde ter logar no plenario, limitando se a pronuncia a averiguar a existencia do crime e os indicios vehementes de quem seja o delinquente.» Sentenças do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal, de 20 de junho e 12 de setembro de 1895 e 13 de fevereiro de 1896. [1]

Não podemos subscrever o principio dos arestos, conforme o qual o testemunho falso não póde ter logar na formação da culpa ou instrucção do processo, quando o codigo penal, art. 261, diz: *qualquer que seja o estado da causa* e desde que as razões dadas nos mesmos arestos provam demais.

A condição da testemunha da instrucção poder ainda retractar-se no plenario, seria razão para considerar consumado o crime sómente no plenario e não negar o crime.

Do mesmo modo, si o codigo penal, art. 261, §§ 2º e 3º, gradúa a pena conforme o depoimento é prestado para absolvição ou condemnação, isto quer dizer, não só que a sentença póde ser dada com fundamento em depoimentos prestados no plenario, mas tambem prestados no summario, cuja testemunha falsa póde não retractar-se até o momento do julgamento e nem mesmo comparecer na occasião deste.

Aliás a doutrina corrente, interpretativa da fonte do nosso codigo, é a que defendemos.

A expressão *autoridade judiciaria*, diz Crivellari, comprehende tanto as autoridades civis como as penaes; e das penaes tanto aquellas a quem compete o processo *instructorio* como aquellas que são encarregadas do julgamento. [2]

« Elementos constitutivos do crime de testemunho falso. A expressão *causa civil* empregada no art. 261, § 1º do codigo penal, refere-se unicamente aos feitos debatidos contradictoriamente entre as partes e submettidos á decisão do juiz.

---

[1] Viveiros de Castro, SENTENÇAS E DECISÕES CIT., pags. 18, 51, 94 e 162.

[2] Crivellari, OBR. CIT., vol. 6º, pag. 529, n. 122; Majnó, OBR. CIT., vol. 1º, pag. 257, n. 1.061.

Não podem ser comprehendidos nella os actos de jurisdicção voluntaria.

A justificação em juizo não é uma *causa* e sim um meio de prova.

Não incidem na sancção penal os depoimentos falsos prestados em justificações.

O officio publico extingue o patrio poder. Intelligencia do art. 253 do Codigo Penal.» Sentença do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal, 22 de dezembro de 1898. [1]

TITULO VII

DOS CRIMES CONTRA OS BONS COSTUMES E A ORDEM NA FAMILIA

CAPITULO I

VIOLENCIA CARNAL E OFFENSAS AO PUDOR

CODIGO

Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencia ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:

Pena — de prisão cellular por um a seis annos.

Paragrapho unico. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem.

Art. 267. Deflorar mulher de menor idade, empregando seducção, engano ou fraude:

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos.

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta.

Pena — de prisão cellular por um a seis annos.

§ 1.º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:

Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

§ 2.º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violencia entende se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcoticos.

---

[1] O DIREITO, vol. 78, pag. 582.

COMMENTARIO

100. Este titulo corresponde aos VIII e IX do cod. pen. no capitulo do primeiro dos quaes estão as disposições dos artigos do texto sob a epigraphe incompleta de — violencia carnal.

O cod. dividiu sem razão, nem systema, a materia como estava ordenada na sua fonte, sobre a qual entretanto diz Carrara que neste titulo o legislador italiano reuniu as duas series de crimes contra a ordem das familias e o bom costume, pela grande difficuldade mesma que se encontra em classificar qualquer das especies criminosas, isto é, de collocal-a numa serie antes do que noutra.

Ha crimes que importam uma offensa complexa, interessando ao mesmo tempo a paz da familia e a ordem moral, como o rapto, o adulterio e semelhantes.

Este systema seguido pelo cod. ital. já o cod. toscano o havia adoptado.

A moralidade humana, diz Pessina, differentemente do direito, é confiada á guarda do pudor, entretanto que a actuação do direito é confiada ao constrangimento.

Entre as violações da moralidade ha uma que constituiu mesmo materia de incriminação e punição por obra dos legisladores e foi a violação da castidade por incontinencia.

Esta intrinsecamente considerada é offensa á moralidade; mas póde tornar-se materia de incriminação em tres hypotheses, segundo se trata da moralidade individual, da moralidade domestica ou da moralidade social.

Em primeiro logar, a incontinencia lesa a *integridade moral do individuo* constrangendo-o a conjuncções corporeas illicitas.

Em segundo logar, a incontinencia offende outras vezes tambem a moralidade domestica e a ordem das familias.

Finalmente, a incontinencia desnudada ás vistas do publico, póde offender o senso da *moralidade social*, forçando a consciencia publica a ser espectadora de factos illicitos que violam a pureza dos costumes.

Em nome destes tres aspectos, o legislador póde legitimamente punir os factos de incontinencia, mas fóra destes limites, a punição dos mesmos viria a confundir a ordem moral com a ordem juridica.

E como observa Costanzo Calogero, a razão punitiva se tornaria a mais patente violação da livre personalidade humana quando se propuzesse o escopo de guardar ou vingar a virtude da pudicicia, e no estado juridico, naquelle em que, quanto possivel, se realisa a harmonia perfeita entre o direito do Estado e o do individuo, não se póde admittir da parte da autoridade outra cousa mais do que o incitamento á virtude, porém nunca a punição do vicio.

Cada qual deve ser livre em seguir ou não os preceitos da moral, livre de ser continente ou não, e é sómente quando exorbita dos seus direitos individuaes, ou quando a sua actividade vem collidir com os direitos doutrem que o Estado póde intervir para restabelecer a ordem juridica perturbada.

A incontinencia e as offensas ao pudor por si mesmas não podem constituir delicto e para que caiam sob a sancção da lei penal é necessario que contenham a violação do dever juridico de respeitar os bons costumes e a pudicicia dos outros.

Em todos os outros casos o vicio da incontinencia embora torpe, damnoso e lamentavel escapa do dominio da lei juridica para entrar sob a forma de peccado na lei ethica ou moral. [1]

Na historia juridica o estabelecimento preciso de limites da punição dos factos de conjuncção illegitima só se revela como o resultado dos progressos da consciencia moderna na distincção entre o direito e a moral.

As legislações da antiguidade e dos tempos medievaes contém punições severas para os factos que têm raizes no impulso da libidinagem e que tomaram a denominação de *illicitus coitus* ou de *delicta carnis*.

O direito romano com a *L. Julia de adulteriis*, não só punia como *delictos contra os bons costumes* o adulterio, cuja punição a principio era abandonada á vindicta do marido, e o punia com graves penas que attingiram, sob Constantino e Justiniano, ao extremo supplicio, mas equiparou no processo e na pena, ao adulterio outros factos de simples incontinencia contra mulher virgem ou viuva de vida honesta, puniu com pena capital tambem o rapto das virgens, puniu igualmente com a infamia o torpe mister do *lenocinio* e especialmente sujeitou á pena do adulterio o marido que prostituisse a mulher; e impoz a pena da *damnatio ad metalla* além da perda do patrio poder ao pai de familia que prostituisse a propria filha, ao que Justiniano addicionou a pena do exilio com previa fustigação.

Ainda a bigamia era considerada como adulterio.

E em geral no direito romano surge a noção dum delicto contra os bons costumes com o nome de *injuria adversus bonos mores*.

No direito germanico, era tambem considerada como uma grave offensa á sociedade humana a violação da castidade pessoal; e não só o adulterio dava lugar a graves punições, mas extrema severidade attingia aquelles que na phrase de Tacito eram *corpore infames*.

---

[1] Carrara, COMMENTO CIT. art. 331, pag. 198; Costanzo Calogero, APUD Cogliolo, OBR. CIT. 2º vol. Part. I A, pag. 971.

E a isto se deve accrescentar o rigor com que o direito ecclesiastico por influencia da theologia moral christã incriminou todas as formas de conjuncção carnal illegitima.

Assim, não só o adulterio foi punido severamente, mas tambem a *bigamia*, o *rapto*, o *lenocinio*, o *estupro*, o *incesto*, a *sodomia*, a *venus monstruosa* ou *nefanda* deram lugar a supplicios atrozes prescriptos pelos legisladores até á apparição dos novos codigos no seculo 19º.

Neste ponto são celebres pela influencia do direito canonico as Ordens. do Liv. 5º Tits. 23 a 33. [1]

Com as ideias reformadoras da justiça criminal, com a consciencia esclarecida pela distincção entre o direito e a moral, pela qual nem todas as offensas á esta constituem uma offensa aquelle, os legisladores do seculo 19º modificaram em grande parte a incriminação dos factos relativos ás conjuncções illicitas.

E si bem que alguma cousa permanecesse das antigas tradicções juridicas, tambem surgiram tres aspectos fundamentaes que assignalam as condições e os limites para a incriminação dos factos denominados *delicta carnis*. São elles: 1) a lesão violenta do pudor individual; 2) a lesão do sentimento da moralidade social como ultrage aos costumes publicos; 3) a lesão do direito da familia. [2]

101. Em geral sobre os nossos codigos neste titulo e sobre este capitulo do vigente, tivemos occasião de dizer o seguinte que adianta a explicação dos artigos do texto:

« E' um titulo lacunoso no codigo de 1830 e merecedor de séria revisão no actual, embora este tenha melhorado áquelle supprindo mesmo até certo ponto as lacunas.

Aquelle primeiro codigo executado com jurisprudencia melhor não teria salientado na pratica os defeitos reaes que possue, sendo os mais notaveis a inutilidade das penas em alguns casos dos que nos occupa, a ponto de punir o attentado ao pudor (art. 223) com um a seis mezes de prisão simples (detenção) e não definir de modo mais harmonico com a sciencia medico-juridica e as conveniencias da repressão crimes torpes e odiosos.

Si o codigo vigente suppriu em parte as alludidas lacunas, o que poderia ter feito uma pratica intelligente sem prejuizo mesmo dos famosos *favorabilia amplianda, in dubio pro reo*, etc..., entretanto, fel-o de modo a justificar censuras fundadas em relação á doutrina, e, o que é imperdoavel, e em relação ás penas, o que é iniquo.

Contra a doutrina denomina o codigo actual de *estupro* a conjuncção carnal violenta da mulher honesta, quando,

---

[1] Pereira e Souza, Classes dos crimes cit. pags. 206 e segs.
[2] Pessina, Manuale cit. pag. 256, § 228.

não obstante a divergencia sobre o significado do vocabulo entre juristas e medicos, é certo que andou melhor avisado o legislador de 1830, empregando-o como termo generico, abrangendo o commercio violento ou voluntario e até todos os attentados ao pudor.

Já no direito romano, e os textos são irrecusaveis, o estupro comprehendia todos esses factos — o adulterio e o acto carnal consummado mesmo *cum masculis*.

Puglia compendia toda a controversia, chegando á conclusão de que o estupro é o genero de que as especies são o *conhecimento* carnal com violencia e a seducção. [1]

O projecto acceita a noção, conforme o uso mais geral, e separa o attentado ao pudor como uma fórma especial de criminalidade, considerando a *violação* (estupro violento), o defloramento e a simples offensa ao pudor caracterisada por copula carnal com a mulher honesta, mediante seducção, como especies do genero estupro.

Mas, para harmonisar a epigraphe com o texto, a refere aos estupros, e attentados e offensas ao pudor.

Não obstante toda essa descriminação, para facilidade da pratica judicial, tanto a copula carnal figura como aggravante, como o defloramento e esta fórma na opinião da autoridade citada. [2]

Ao contrario do codigo actual que pune com a pena de um a seis annos de prisão, tanto o attentado (violento) ao pudor, como a corrupção do menor de 21 annos, o projecto pune este ultimo facto com pena correspondente mais ou menos á metade da outra, de modo geral, quando se trata, por assim dizer, de uma corrupção diffusa ou indistincta abrangendo o acto *cum masculis*, e aggrava a pena no caso de defloramento e no de copula carnal com mulher honesta, menor de 18 annos, figura esta que o novo codigo não reproduziu, sem razão aliás para isso, á vista de quasi todos os outros codigos.

O projecto, quanto ás idéas capitaes deste capitulo, nem seguiu o codigo italiano, cujas syntheses aggravadoras, porém, aproveitou, nem o allemão e o hungaro, mas um meio termo talvez semelhante ao hollandez.

O codigo italiano não faz distincção de sexo para punir a violencia carnal e a corrupção de menores sob as suas differentes modalidades.

O allemão e o hungaro, porém, refere-se á mulher e edictam penas especiaes para os actos carnaes contra a natureza, ou antes entre individuos do mesmo sexo, sem duvida para abranger as suas differentes fórmas a respeito

---

[1] Puglia, I REATI DI LIBIDINE, Napoli, 1886, pag. 13.
[2] OBR. CIT., pag. 31.

dos homens e das mulheres entre si mesmos, como faz o codigo austriaco, comprehendendo a pederastia e a *tribadia* ou amor lesbico. [1]

Não falla o projecto da sodomia sobre animaes, nem necrofilomania, de que não cogitou, porque podem ser reprimidas sob outras fórmas de criminalidade, inclusive a de contravenção.

Mas o projecto, sem declinar explicitamente, ou por disposições especiaes os actos venereos contra a natureza, pune-os já como attentados, já como offensas ao pudor, discriminando os estupros nas suas varias especies para referil-os exclusivamente ao trato carnal entre pessoas de sexo differente.

Restringe-se assim o campo de duvidas, inextricaveis ás vezes na jurisprudencia e na medicina forense ácerca da tentativa de offensas ao pudor, violentas ou não, sobre individuos do mesmo sexo ou em geral do sexo masculino. [2]

Um dos autores do presente projecto dizia não ha muito:

« No correr deste *Commentario* teremos occasião de ver quanto é extravagante a doutrina que nega que haja *tentativa* em crimes dolosos que a comportam perfeitamente, como por exemplo, no de *defloramento, estupro até com violencia* e outros; mas só na parte especial do codigo poderemos resolver taes questões.» [3]

Na mesma occasião o autor desse commentario se referia a estudo seu sobre uma das fórmas do genero de criminalidade de que se trata neste titulo. [4]

O systema do projecto é principalmente o do codigo hollandez, portuguez e outros que com estes se relacionam.

Mas, convém notar ainda que as noções da violação, do defloramento e da copula com a menor honesta caracterisam essas especies, mas deixam, por seu contexto, aos peritos, as questões que nesse terreno se podem levantar sempre sobre os factos que constituem tentativa ou crime consummado, certas aggravantes ou qualificativas, a prova material delles, etc.

Os livros dos especialistas nos desvelam as questões que taes factos podem suscitar. [5]

A classificação legal dos factos nem sempre é isenta de duvidas muito sérias e só a jurisprudencia-medical franceza é disto um exemplo. [6]

---

[1] Krafft-Ebing, LE PSICOPATIE SESSUALI, Torino, 1889, pag. 144.
[2] Maschka, TRATTATO DI MEDICINA LEGALE, Napoli, 1891. vol. 3º, pag. 138.
[3] João Vieira, COMMENTARIO CIT. Recife, 1889, pag. 75.
[4] João Vieira, O ESTUPRO, Recife, 1889.
[5] Taylor, TRAITÉ DE MEDECINE LEGALE, Paris, 1881, pag. 815.
[6] Briand & Chaudé, MEDECINE LEGALE, Paris, 1879-1880, vol. 1º, pag. 99,

A par das autoridades francezas, inglezas, allemães e austriacas, podemos citar Lombroso, Ziino e outros. [1]

O projecto não aceitou o principio do codigo belga, art. 374, de que « ha attentado desde que ha começo de execução », porque quiz separar completamente a *tentativa de violação*, *do attentado* (violento), ao pudor, discriminando-os até por uma clausula negativa na definição deste.

E á essa diversidade de noções corresponde a da penalidade; porque, ao contrario do codigo actual, o projecto pune mais gravemente a tentativa de violação do que o attentado.

O projecto não contém a punição do incesto, como acontece em outros codigos e assim elle só será punido implicitamente contido em outras fórmas de offensas ao pudor.

Tambem não incluiu o ultraje publico ao pudor ou honestidade individual de alguem, como fazem o codigo portuguez e o italiano, que punem duplamente como delicto e contravenção quasi que o mesmo facto.

Entretanto, figura nas contravenções uma especie que suppre o caso. [2]

E como o projecto de 1893 quasi não diverge dos posteriores e o estudo comparativo delles com o cod. pen. auxiliará a interpretação dos artigos do texto, seja-nos licito repetir aqui a resposta que demos a censuras feitas ao mesmo projecto, do mesmo modo que nos referiremos a outras criticas aliás fundadas sob os seus respectivos pontos de vista.

A resposta á primeira é a que passamos a transcrever, citando agora entre parenthesis os artigos correspondentes do cod. vigente neste titulo que a mesma critica abrange em differentes pontos delle.

O illustre censor tem tanta rasão na critica do art. 284 (cod. pen. art. 266) quanto ao fundo, como quanto a forma, isto é, nenhuma.

Havia o *Projecto* usar até de palavras obscenas sem necessidade copiando, por exemplo, o codigo allemão !

E' um dos pontos onde a sua *technica* (delle) falha inteiramente.

Si o artigo começa — *violar* uma mulher — é visto que technicamente inclue a ideia do estupro violento como acontece, por exemplo, no codigo portuguez art. 393, cuja epigraphe correspondente á figura é simplesmente a palavra — violação.

---

[1] I DELLITI DI LIBIDINE E DI AMORE, E LEZIONI DI MEDICINA LEGALE, Napoli, etc.

[2] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO PROJECTO DE 1893. pag. 15.

As expressões — relação *carnal* —, sem pleonasmo, não podiam ser substituidas por outras apropriadas e de sentido mais extenso. [1]

O *Projecto* adoptou uma formula muito sua e correcta. *Inde irae* ?

Mas si já apontou o codigo portuguez para justificar as primeiras expressões e dar o seu sentido; as segundas estão no codigo hollandez que nos arts. 242 a 245 emprega as expressões, ter uma illegitima, ou por-se em — illegitima, *relação* carnal etc... [2].

A rubrica do cap. I do tit. VII está perfeitamente justificado na *Exposição de motivos*.

No art. 297 (cod. pen. art. 274) o lapso não é do *Projecto* mas da critica que foi leviana ou inepta.

Imputa-se-me a imperdoavel falta de não fazer bem a referencia material a disposições que pódem dar lugar a injustiças na pratica, porque não ponderei que a falta de referencia do codigo italiano é porque um certo artigo está em titulo diverso ! paginas 81 — 82.

O motivo principiaria por condemnar o legislador italiano.

Depois não é exacto que no codigo italiano o tal artigo esteja em titulo diverso.

A chave do enygma que tão difficil pareceu ao illustre censor é outra.

Nem o *Projecto*, art. 297, (c. p. art. 274) nem o codigo italiano art. 351, se poderia referir na aggravação aos arts. 287 e 335 (c. p. art. 266) porque a morte ou a lesão suppõem a violencia e neste caso os factos não caberiam nestes ultimos artigos e sim em outros comprehendidos naquelles;

Si a corrupção com actos de libidinagem, e offensas ao pudor equiparaveis (art. 287) (c. p. art. 266) dão lugar a lesões ou a morte, já não se trataria de taes figuras, mas de estupros e attentados ao pudor (arts. 284 e 285) (c. p. arts. 266 e 268).

A que vem Casper e Tardieu que se referem a *attentados* aos costumes ?

Neste capitulo a censura tem descahidas curiosas.

Porque não dizer ascendente affim ? (pag. 39); ella não o diz e as expressões são rigorosamente juridicas. [3]

---

[1] Projecto de 1893:

« Art. 284. Violar uma mulher, constrangendo-a alguem com violencia ou ameaça, a ter comsigo, relação carnal, etc... »

[2] Brusa, CODICE PENALE OLANDESE, Firense, 1882.

[3] Vid. Borges Carneiro, DIREITO CIVIL, Lisboa 1867, 2º vol § 162, pag. 169.

Sobre o ultimo capitulo do tit. VII é o caso de dizer : chama, antes que te chamem, isto é infelizes as expressões *polygamia* e *bigamia* usadas pelos codigos que a censura, enumera destruindo-se a si mesma.

Eu deixo ao simples bom senso de qualquer leguleio decidir : si, é preferivel usar de expressões genericas tiradas de epigraphes geraes até de titulos de codigos que seguem systema diverso de classificação, isto é, o *analytico* como é o allemão, quando o *Projecto* segue o *eccletico* ;

Ou designar a *bigamia* por esta propria expressão, *o casamento contra a lei* tambem por estas outras expressões, que caracterisam outras figuras e assim por diante nas respectivas secções comprehendidas no capitulo « dos crimes contra a segurança do estado civil ou domestico.»

A logica do illustre censor foi aqui posta á prova, porque sustenta que si *bigamia* é crime, a *polygamia* não é, si esta é, aquella não.

Como é tudo isto incrivel transcrevo :

« Nem *polygamia*, porque significando este vocabulo o casamento de um com muitos conjuges vivos todos... poder-se-hia suppor licita a *bigamia*, mas tambem nem *bigamia*, porque sendo esta o segundo casamento vivo o primeiro conjuge (isto é que é portuguez de lei),... com absurdo maior ficaria impune a polygamia.» Omitto na citação uns parenthesis inuteis.

O *Projecto* suppunha que sendo punivel a *bigamia* que é o menos, estaria punida a *polygamia* que é o mais e por isso mudou essa palavra dos nossos codigos por aquella outra.

O *polygamo* pode ser um *reincidente*, e será a pena ainda mais aggravada.

E o illustre censor, famoso lente de processo e de hermeneutica, esquece a regra de que a lei não póde ser interpretada de modo a que dê lugar a absurdo.

Depois, citando o codigo chileno, cujo conceito da bigamia consagra quasi que pelas mesmos termos o do *Projecto*, art. 301, (cod. pen. art. 283) finalisa por estas palavras, cujos griphos parece que se referem ao *Projecto* mas não, se referem ao codigo francez e ao allemão e é um *primor* de interpretação juridica (pag. 83):

« E dissemos melhor do que todos (o chileno, igual ao *Projecto*, nas palavras aproveitadas), porque a expressão (no singular ?) *dissolvido o anterior*, *dissolução do precedente* — poderá fazer suppor que, no caso, por exemplo, de tres casamentos, não haverá crime si o segundo estiver dissolvido e não o primeiro, pois o segundo é que é o *anterior*» ?

Haverá critica mais sensata e profunda?

No art. 305 era mister usar daquelle «fóra dos casos do artigo antecedente» para descriminar bem as figuras faceis de confundir com a do artigo citado.

A censura ultima sobre duas figuras de rapto (pag. 111) é feita resumindo-se os arts. 289 e 290 (cod. pen. arts. 270 e 272) de tal arte, que este figura com duas palavras!

Esta *lealdade* é plenamente dismentida pela lettra daquelles artigos que, conforme sua fonte (o cod. ital.), punem mais gravemente o rapto da mulher casada do que o da solteira ou viuva maior de 21 annos.

E mais não disse em todo este capitulo (96—112) que aliás compõe-se principalmente de transcripções. [1]

102. E porque a fonte dos projectos de revisão foi o codigo vigente, interessando por isso á interpretação deste os estudos dos trabalhos preparatorios da mesma revisão, lembramos que justificando o projecto de 1897 alludiamos ao primitivo de 1893 e ao seu substitutivo de 1896, dizendo:

« O substitutivo reproduz a nova redacção, não obstante as alterações que fez ao projecto, mas fazendo a seu turno ligeiras modificações áquella redacção.

No mais reporta-se á exposição de motivos do projecto primitivo que é tambem muito minuciosa sobre este titulo.

As alterações alludidas se reduziram a supprimir as expressões « com trabalho », dizendo-se simplesmente *prisão*, attento o plano do substitutivo; eliminar a condição do requerimento para dissolver o laço conjugal quando a mulher se prostitue, sendo proxeneta o marido, e a inclusão das expressões, supprimidas sem razão, no art. 288 — ou declarado nullo — pois que o casamento póde ser nullo ou annullavel — Decr. n. 181, de 24 de janeiro de 1890, arts. 61 e 63 » [2].

Posteriormente o *parecer* a que já temos alludido d'uma commissão do nosso Instituto da Ordem dos Advogados Brazileiros — do Rio de Janeiro fazia a critica dos projectos de 1893 e 1896, principalmente deste e na resposta que então demos, faziamos por nossa vez a critica do codigo penal vigente, cujo autor era o illustre relator da referida commissão.

A nossa resposta friza os defeitos do codigo penal que ora commentamos e por isso passamos a repetil-a aqui.

No terceiro e ultimo capitulo o *parecer* se refere á parte especial dos projectos, isto é, a dous titulos dos nove do pro-

---

[1] O PROJECTO DO COD. PEN. *e a Faculdade de S. Paulo*, Recife, 1895, cap. X, pag. 40, cap. XIV pag. 58.

[2] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS *do projecto de* 1897, pag. 11.

jecto primitivo, mas referindo-se quasi exclusivamente ao *substitutivo* de 1896.

O parecer esquece a exposição de motivos do projecto primitivo, bem minuciosa sobre este ponto e por isso não ha remedio sinão voltar ao assumpto nos pontos alli questionados.

Em relação aos crimes de *estupro* o parecer não attendeu que todos os projectos, calcados aliás sobre o primitivo, definem nitidamente as varias figuras, confusas e diffusas no codigo vigente, que confunde até com o *genero* as *especies* ou antes figurando estas sem genero que as comprehenda e de modo tão desordenado que o *attentado* ao pudor, a *offensa* ao pudor e o que lhe aprouve chamar e definir de *estupro* se confundem, parecendo que especies mais graves são punidas com penas menores e vice-versa, artigos 266 a 268.

O codigo vigente considera como violenta a offensa ao pudor de pessoa de menor idade, sem duvida menor de 21 annos.

E refere-se ainda á essa menoridade como extremo do defloramento.

Quasi tudo isso está notado com as lacunas preenchidas no projecto de 1893.

Agora o parecer acha que o projecto referindo-se em casos diversos á menoridade de 12 e 15 annos, para caracterisar ou aggravar as respectivas figuras, devia estabelecer a idade de 16 annos que é a admittida em nossa lei para o casamento!

Que relação necessaria, porém, ha entre tudo isto, a maioridade *civil* e a *nubilidade*?

A tirada moralisante e sentimentalista cahe no vacuo, desde que o projecto é mais rigoroso que o codigo, porque elevou a penalidade e estabeleceu figuras que o codigo omittiu.

Quanto ás differentes idades, o projecto não podia eleval-as mais do que fez acima das marcadas nos codigos europeus de paizes onde o desenvolvimento psychico e sexual é mais tardio do que entre nós.

O codigo penal argentino abaixa em alguns casos todas essas idades; e ainda mais o codigo do Uruguay. [1]

O projecto, quanto ás idéas capitaes deste capitulo, nem seguiu o codigo italiano, cujas syntheses aggravadoras, porém, aproveitou, nem o allemão e o hungaro, mas um meio termo talvez, semelhante ao hollandez, portuguez e outros que com estes se relacionam.

---

[1] Vid. Malagarriga, *Codigo Penal*, Buenos-Aires, 1896. pag. 160; Acevedo *Codigo Penal*, Montevidéo 1893, pag. 238.

No codigo hollandez a presumpção de violencia ou a aggravante resulta do facto da idade da victima abaixo de 12 e 16 annos.

Swinderen resume a legislação comparada favoravel aos projectos. [1]

O parecer ainda neste titulo nota o que chama confusão do *lenocinio* com o *caftismo*, previsto no art. 278 do codigo vigente e, ao contrario do parecer, reproduzido no projecto com penas tripla e quintuplamente aggravadas de prisão e multa no art. 294 § 1º n. IV.

Todo este alarma é produzido pela impunidade dos *caftens* que só, quando estrangeiros, podem ser deportados.

A culpa é do projecto mais rigoroso? Não; é talvez dos processos mal instruidos ou do jury.

Agora vejo que as idéas do projecto neste ponto são justificadas em obras notaveis. [2]

A razão da injusta censura é porém do systema do parecer, ou que se afigura ao parecer dever ser o dos codigos, fazer um artigo ou mesmo um titulo para um caso difficil de reprimir; mas esqueceu que o codigo vigente não tem sancção para a *rebellião*, nem para a falsidade de papel *publico* commettida por *particular* e confunde nas suas extensas casuisticas os crimes mais diversos de funcção, tornando difficil, senão impossivel, saber qual pena deve ser applicada, porque á reproducção de conceitos identicos com denominações differentes corresponde a diversidade de penas.

Admira que o *parecer* não tenha notado a suppressão do crime de adulterio que figura no codigo vigente, pois que ainda reina controversia em estudos recentes; o codigo italiano é criticado sobre os seus *despropositos* em materia de adulterio e sustenta-se que a pena deve ser admittida como *ultima ratio* contra elle. [3]

Tambem é verdade que podemos citar, em contrario, outro livro apenas sahido do prélo até com a data do anno vindouro no frontespicio, que aponta a Inglaterra, Genebra e New-York, onde não ha pena alguma contra o adulterio. [4]

Antes de deixar este ponto devo notar que com cuidado meticuloso foi elaborado este titulo, conforme resulta mesmo da exposição de motivos.

---

[1] Swinderen, *Droit pénal actuel dans les pays bas et á l'etranger*, Groningue, 1891-94, 3º vol., pag. 51.
[2] Viazzi, *Sui reati sessuali*, Torino 1896, pag. 132.
[3] Grassi, SULLA PUNIBILITA DELL'ADULTERIO, Torino, pag. 172.
[4] Gambarrota, L'ADULTERIO, Torino 1898, pag. 230.

De novo no ultimo substitutivo procurou-se com esforço fazer o melhor diante mesmo dos trabalhos e estudos de que actualmente são objecto crimes de tal natureza por todas as faces porque possam ser considerados.

A prova está em que factos torpes como os que serviram de base ao processo do vicioso Oscar Wilde passaram das paginas sensacionaes das gazetas a serem tratados nos livros dos scientistas competentes, livros que muita vez são logo traduzidos como o que temos sob as vistas. [1]

No proprio tratamento psychico e suggestivo das perversões sexuaes cada dia se descobrem novos horisontes. [2]

Eis ahi a resposta que demos aos differentes pontos deste titulo visados pela critica do alludido parecer. [3]

Estabelecidos os principios geraes, e com referencias ao estudo comparativo entre o Codigo Penal e os projectos de revisão podemos passar a tratar especialmente da materia do primeiro capitulo.

Antes, porém, seja-nos permittido recordar palavras que escrevemos fazendo dispretenciosa rescensão de um livro theorico e pratico ao mesmo tempo, mas orientado pelas idéas modernas do direito que estudamos. [4]

A *fome* e o *amor* são dous instinctos que dominam a natureza humana, como a toda animalidade terrena, variando apenas de modalidade e intensidade pela disciplina da cultura social, condições mesologicas, etc.

Isto resulta bem da bella introducção que abre o livro.

«As especies vegetaes e animaes, diz Carmelo Grassi, obedecem ao imperio de duas tendencias, ao impulso de duas funcções, de conservação a primeira, de reproducção a segunda ; á primeira, corresponde a necessidade de luctar para existir, á segunda a necessidade de amar para reproduzir-se.»

E no prefacio, que Morselli escreveu na esplendida monographia de Pio Viazzi *Sui reati sessuali*, a these é magistralmente desenvolvida, destacando-se ahi estes trechos :

« Niguem poderá negar que a funcção sexual occupe, uma parte principalissima, tanto na existencia do individuo como na vida dos aggregados sociaes.

No individuo, a faculdade reproductiva é, sem duvida, a mais fundamental : talvez tambem si se observam as

---

[1] Raffalovich, *L.*, *Uranismo* (trad do Dr. Bruni) Torino, 1896, pag. 49 ; A. Moll, *Les Perversiones de l'instinct génital* (trad.) Pariz. 1893, pags 274.

[2] La terapia suggestiva delle psicopatie sessuali del Dr. von Schrenck — Nolzing. (trad.) Torino, 1897, pags. 166.

[3] A revisão do codigo penal na *Revista Academica*, Recife, 1897; cap. VI, pag. 35.

[4] Viveiros de Castro, os delictos contra a honra da mulher. Rio de Janeiro, 1897.

cousas de um ponto geral de vista, si se reflecte nas hodiernas indagações sobre a formação e sobre o desenvolvimento do mundo organico, a vida do ser *individuo* não tem outra origem e outra razão natural, excepto esta *a continuidade da vida universal*. Assim a mesma funcção conservativa, aquella que mira manter a integridade individual, é adquirida e conservada pelo ser vivo sómente como meio de defesa ou como instrumento da sua funcção de reproducção.

O ser *se nutre porque deve reproduzir-se*. Explicar o porque o ser deva reproduzir-se é achar a solução do problema mesmo da vida, mas isto é do dominio da metaphysica, não da sciencia positiva...

« E o psychologo e o sociologo, não inconsiderados que, levão a analyse scientifica até os primeiros elementos, não tardam a ver que dous são os grandes motivos só dessa manifestação da *psichê* individual no seio da sociedade elementar humana : *pão* e *amor*. Mas o primeiro é, na realidade, sómente o meio e o instrumento para assegurar ao individuo a consecução do segundo. Assim, a individualidade da procura do *pão* se acha unicamente explicada com a universalidade da necessidade suprema da especie, o *amor*.»

A importancia do problema não diminue, mesmo regeitando, como faz Morselli, a hypothese paradoxal de Mario Morasso que, ao lado da questão *social*, possa surgir uma questão *sexual*. [1]

103. O Codigo Penal epigrapha os artigos do texto como de *violencia carnal*, em vez de *estupro* ou outra palavra ou phrase mais geral que comprehenda modalidades que elle prevê nas respectivas disposições sobre factos em que não entre a violencia.

No Direito Romano, o estupro era punido mais pelo fundamento da offensa á religião e á moral do que sobre o do direito violado, por isso não se exigia a condição negativa da falta de consentimento da pessoa estuprada; e quando o constrangimento se unia ao estupro, o meio adoptado era uma razão de aggravação do delicto.

Foi o Direito Germanico que pôz em relevo a violencia como condição do delicto.

Mas com o direito ecclesiastico surgiu de novo como razão de incriminação a impureza do facto em si mesmo.

E sobre esta base até o seculo 18º (como servem de exemplos as Ordenações, do Liv. 5º nesta parte) os chamados *delicta carnis*, como o estupro, o incesto, a sodomia, a venera bestial foram punidos severamente pelos legisladores.

[1] Artigo do autor no *Debate* n. 90, de 18 de janeiro de 1898.

Pouco a pouco, porém, as querellas por estupro com o fim de obter o *aut nubat aut dotet* fez surgir a necessidade de circumscrever a acção, apparecendo na Italia a Pragmatica de 1779 que restringia a punibilidade do estupro á hypothese do ultrage violento á castidade pessoal, ou do ultrage, embora não violento, mas feito á moralidade publica.

E em geral os codigos modernos começando pelo francez contiveram dentro de taes limites a punição de qualquer acto de libidinagem sobre pessoa do mesmo sexo ou de sexo diverso.

Os antigos criminalistas, diz Pessina, e as leis antigas adoptaram o nome de *estupro* para designar em geral a contaminação duma pessoa, fazendo-a sujeitar-se ao desafogo da libidinagem. Si a pessoa que se sujeita aos actos de libidinagem doutrem, a isso presta se voluntariamente, ha concurso de vontades que peccam perante a moral; e sómente quando não concorre a vontade da pessoa estuprada, apparece a criminalidade objectiva do estupro, porque então a pessoa soffre violencia, *vim patitur*, e sem sua vontade em sua castidade corporea.

Tal contaminação offerece razões de maior gravidade:

1.º Si o concubito tem logar com pessoa do mesmo sexo — o que aliás não observa o nosso cod. pen. art. 266, porque pune com uma só pena qualquer que seja o sexo.

2.º Si a lesão moral realisar-se na pessoa de uma virgem — o que tambem não observa o cod. pen. art. 266 e 268 combinados, punindo com a mesma pena seja a mulher virgem ou não.

3.º Si com o concubito concorrem offensas materiaes á pessoa — cod. pen. art. 274.

4.º Si o concubito tiver logar por obra daquelles que são chamados a guardar ou educar a pessoa violada — codigo penal art. 273.

E por outro lado, o crime apresenta menor intensidade criminosa, si a pessoa sujeita á libidinagem, por ter já antes feito mercado do seu corpo, é considerada privada do pudor e da honra — cod. pen. art. 268, § 1.

Mas a essencia do crime está na *violencia contaminadora soffrida sem o proprio consentimento*.

O nosso cod. penal, como vimos, não denomina, na epigraphe, de *estupro* os factos dos artigos do texto, embora nestes empregue a mesma expressão, mas a de *violencia carnal*, conforme o cod. ital., sem declinar, entretanto, a *corrupção de menores* que comprehende no art. 266, paragrapho unico.

A *violencia carnal* se distingue em duas especies, conforme a doutrina.

Uma e é a mais grave é constituida pela conjuncção corporea illicita, que corresponde ao que foi chamado *es-*

tupro pelos criminalistas e pelas legislações, pelo nosso cod. crim. anterior, projecto de 1893 e pelo nosso proprio cod. pen. nos arts. 268 e 269; a outra, menos grave, é constituida por qualquer acto de libidinagem que ultrage o pudor da pessoa e está prevista nos arts. 266 e 267.

O crime de estupro ou violencia carnal é o constrangimento de uma pessoa *de um* ou *de outro* sexo para a conjuncção carnal.

Mas o nosso cod. no art. 268 do texto só refere o estupro á *mulher*, seguindo assim o cod. portuguez art. 392 e a sua fonte o cod. francez, art. 332, imitado pelo cod. belga, art. 375, ao contrario do cod. ital. que comprehende um e outro sexo.

Conforme Blanche, o estupro, *viol*, consiste no facto de abusar de uma mulher sem a participação da sua vontade.

Ou, como dizem Chauveau e Hélie, este crime contém em si mesmo a sua propria definição. Entende-se por *viol*, segundo Jousse, toda conjuncção illicita commettida por força e contra a vontade de uma pessoa. Os dous elementos do crime são pois o commercio illicito e a violencia.

O § 2.º do art. 268 não é elemento do crime, mas uma circumstancia agravante especial que póde augmentar a intensidade da violencia, mas já a suppõe; está coordenada com a disposição sobre o crime.

Este presuppõe necessariamente esses dous elementos, a *venus illicita* e a violencia material, physica, ou moral para obtêl-o.

O primeiro destes elementos é a base de facto do crime de estupro; elle pode offerecer nos seus varios momentos as gradações do crime tentado, frustrado ou consumado.

O nosso codigo penal como sabemos não contemplou o crime frustrado.

A *copula* é um elemento essencial do crime; não é sinão por este unico facto que elle é consumado. Si ella não è constatada, o titulo da accusação não pode ser mais do que uma tentativa de estupro, e se esta tentativa não reunir os respectivos caracteres determinados pela lei, o facto constituirá um attentado ao pudor previsto no nosso codigo, art. 266 do texto. [1]

O outro elemento, isto é, a *violencia* não é circumstancia aggravante, mas condição essencial do crime. O constrangimento, em regra geral, deve ser provado e pode realisar-se por meio de *violencias* ou *ameaças*.

Mas ha casos em que não é mister a prova do constrangimento, porque a lei equipara a elle qualquer condição ou estado que implique a impossibilidade dum consentimento

---

[1] Chauveau, Hélie e Villey, Obr. cit. vol. 4º pag. 313, n. 1579.

verdadeiro e livre na pessoa sujeita á conjuncção carnal; conforme os arts. 272 e 273 do texto que opportunamente apreciaremos.

O nosso codigo penal no art. 268, do mesmo modo que o francez não define o *estupro*, mas como este codigo não deixou aos interpretes conceitual-o; pois que si não definio alli mesmo o crime, delle dá uma definição muito extensa no art. 269, diffusa e deficiente, apezar das exemplificações materiaes de que se serve na mesma disposição que não exhaurem todos os casos, porque excluem outros que não podem ser incluidos, nem mesmo por analogia ou paridade, aliás vedada no art. 1º.

O codigo portuguez art. 393, que elle abandonou neste ponto é muito mais comprehensivo.

O art. 268 apezar de abusivamente casuistico só comprehende os casos communs de violencia physica ou moral, psychica.

Os outros casos ficam fóra do texto e não constituirão o estupro.

O codigo portuguez art. 393, mais cauteloso refere-se « á *fraude* que não constitua seducção ».

Realmente, commentando o art. 332 do codigo francez, Blanche pergunta si o crime não existirá sinão no caso em que a posse da mulher só tenha sido obtida por meio da violencia? E responde que a lei não o diz, nem podia dizel-o.

A pureza das mulheres é para ella mesma um bem tão precioso; ella interessa tão essencialmente á moral publica, á honra, á segurança e á constituição mesma das familias, que a lei devia defendel-a, não sómente contra as violencias, mas ainda contra as *surpresas* de toda natureza. O art. 332 não definio o estupro, mas não o restringe no caso em que o culpado tenha usado de violencia. A generalidade dos termos desta disposição permitte crer que ella considera que ha estupro todas as vezes que a mulher não tem consentido no acto brutal de que ella tem sido victima. A mulher que não está exposta sinão á violencia physica ou moral pode ainda defender-se. Aquella que é *surprendida durante seu somno* ou adormecida por poções narcoticas não pode livrar-se. Ella não tem sinão a lei para salvaguarda e a affronta que ella soffre não é menos offensiva, não é menos um estupro que aquelle que é o resultado da violencia. [1]

Estes principios teem sido consagrados pela côrte de cassação, cuja jurisprudencia o mesmo autor, Chauveau e outros citão referindo especies que o art. 269 do texto não comprehende!

O art. 269 comprehende todas as formas de somno ou insensibilidade produzidos artificialmente ou por factos de

---

[1] Blanche & Dutruc, Obr. cit. vol. 5º pag. 108. ns. 96 e 97.

terceiro, mas esqueceu o caso mais vulgar e natural, o somno normal que em muitas pessoas é exclusivamente por indole pesado, profundo.

O codigo belga, comprehende outros casos.

Sem ser tão casuistico como o nosso, o codigo belga é mais generico:

« Art. 375. Será punido com a reclusão aquelle que tiver commettido o crime de estupro *(viol)*, quer com o auxilio de violencias ou de ameaças graves, quer por *astucia*, quer abusando duma pessoa que por effeito duma molestia, por alteração de suas faculdades, ou por *qualquer outra causa accidental* tiver perdido o uso dos seus sentidos ou delle tiver sido privada por qualquer artificio. »

Os criminalistas e medicos legistas discutem as variadas e difficeis questões que o assumpto suscita, e entre nós dellas si occupou *ex-professo* Viveiros de Castro. [1]

Referindo-nos á obra do mesmo autor nosso que já citamos, vem ainda a proposito sobre os arts. 268 e 269, recordar observações que opportunamente fizemos.

E' consagrado ao estupro o *seguinte* capitulo do livro.

O autor segue o systema adoptado na materia do que tratou anteriormente, isto é, didactico e pratico ao mesmo tempo.

Dá-nos o conceito da especie figurada e analysando-o nos dá os elementos constitutivos das fórmas delictuosas, apreciando de per si cada modalidade do delicto *in genere*.

Assim são consideradas, em seu conteúdo e alcance ou effeitos, a violencia physica, a moral, a fraude, o somno, a incapacidade no consentimento e outras condicções semelhantes ou equiparaveis, como a menoridade de 16 annos, o abuso da autoridade publica ou privada e certos estados produzidos pela suggestão hypnotica e o uso de narcoticos, anesthesicos, etc.

Discute e resolve certas questões pertinentes ao assumpto e concernentes ás mulheres casadas e viuvas e a relativa á dirimente ou attenuante de factos que possam ter prostitutas como sujeitos passivos do delicto.

Noto aqui que, erigida a *fraude* em elemento do estupro, como uma fórma de violencia, será ás vezes quasi impossivel distinguir a especie da outra do art. 267 do codigo penal, que emprega a mesmissima palavra e, neste caso, *quid juris*, estupro ou defloramento? E sendo as scenas differentes a questão da applicação de qualquer dellas é bem seria.

E de modo geral o assumpto se liga á theoria geral do capitulo, a proposito de cujo objecto Pio Viazzi, criticando o

---

[1] Viveiros de Castro, OS DELICTOS CONTRA A HONRA DA MULHER CIT. pag. 87, cap. III, *o estupro*.

codigo italiano, diz que é licito suppor além disto que taes disposições do codigo não se possam referir áquella ingenua adoração do sexo feminino, fructo do falso romantismo da época qua até hontem universalmente e até agora nas classes de instrucção e educação media é levada a considerar sempre a mulher victima das insidias e enganos masculinos. [1]

Por mais geral que fosse a feição dada à esta parte do livro, elle não se occupa dos attentados ao pudor vis-a-vis dos estupros, objecto de outra monographia do autor e a cujo titulo acima nos referimos.

Mas vem a pello consignar o que, sobre o nosso projecto de 1893, diz aquelle criminalista italiano referindo-se a disposições correspondentes do codigo italiano ao qual prefere o projecto :

« Teria ido bem, na minha opinião, explicar claramente na figura do art. 331 a ideia unica da união sexual violenta do homem com a mulher e na figura do art. 334 todas as outras qualidades de conjuncções e de quaesquer *substitutivos*, concedendo ao juiz maior extensão de pena tanto no maximo como no minimo.

« A' parte a latitude da pena pelo que respeita ao maximo que eu, na segunda destas figuras de delicto, quereria mais elevado, se acostam, até um certo ponto a taes ideias as vistas do projecto de codigo penal apresentado ultimamente á camara dos Deputados do Brazil pelo Dr. João Vieira de Araujo.

« Este projecto, calcado em grande parte sobre principios da escola positiva, prevê no art. 284 o facto do homem que, com violencia ou ameaça, vilola uma mulher constrangendo-a a ter relação carnal com elle.

« No art. 285 reprime o facto de quem *attenta contra o pudor* de pessoa de um ou de outro sexo, constrangendo-a com a violencia ou ameaça, a commetter ou a soffrer actos de libidinagem, fóra de toda a hypothese de tentativa de delicto previsto pelo artigo precedente».

Aqui se prevê sufficientemente a fixar os limites do conceito na parte que se refere ás fórmas mais graves de violação do direito d'outrem ; se recae, porém, na falta costumada de distincção sufficiente pelo que respeita ás fórmas menos graves e que facilmente podem ser confundidas com outras não puniveis ou merecedoras de consideração especial, com a expressão muito vaga de *attentado ao pudor*. [2]

Entretanto, os que accusam o projecto de traducção do codigo italiano, esquecem que neste, como em muitos outros

---

[1] Pio Viazzi, SUI REATI SESSUALI CIT pag. 12.
[2] Idem, OBR. CIT. pag. 32

pontos, elle se afastou muito sciente, conscientemente daquelle codigo que foi um dos seus modelos, como reconhece agora Viazzi traduzindo e interpretando fielmente as respectivas disposições.

104. A outra especie de violencia carnal de menor intensidade do que o estupro é o ultrage violento ao pudor individual, constituido por actos de libidinagem, sem que com elles se vise ou se mire a conjuncção carnal.

Esta fórma de delinquencia exige sempre que se tenha empregado como meio de constrangimento a violencia ou ameaça ou se haja realisado uma daquellas hypotheses que constituem o constrangimento presumido, de que offerece exemplos o nosso Cod. Pen. arts. 272 e 273 citados.

Uma norma commum a estas duas especies de crime de violencia carnal, isto é, o estupro e o attentado ao pudor previstos nos arts. 266 e 268 do texto é que constitue uma aggravante o concurso simultaneo de duas ou mais pessoas na pratica dum ou doutro crime.

O art. 268 § 2º estabelece essa aggravante para o estupro, mas esqueceu-a para o attentado ao pudor, art. 266.

No § 1º do mesmo art. 268, o cod. contempla, ao contrario, outro caso, em que a estuprada for uma mulher publica ou prostituta, mas esqueceu tambem de applical-a ao art. 266, talvez suppondo que uma meretriz não seja passivel de tal crime, caso em que então elle entre nós é impune, o que constitue uma immoralidade da parte do legislador, attento o alcance da disposição.

Sobre a materia do art. 266 o que acabavamos a pouco de expor está de accordo com a doutrina adoptada pelo cod. ital. e outros e pelos projectos de revisão, mas a materia do texto diversifica muito.

O cod. pen. art. 266 dá do *attentado ao pudor* uma definição muito semelhante até nas palavras ao cod. portuguez, art. 391.

O conceito é muito differente de outros codigos v. g. o ital. porque este referiu tanto o estupro como o attentado ao pudor á pessoa dum e doutro sexo, ao passo que o art. 268 refere o primeiro á mulher e sómente o segundo á pessoa dum ou doutro sexo no art. 266.

Este ultimo foi tambem o systema seguido no cod. francez, arts. 331 e 333, 2ª parte e belga, arts. 372 e 373.

Mas o nosso cod. pen. vigente diverge não sómente do nosso cod. crim. anterior, mas tambem do cod. francez.

O que se podia chamar attentado ao pudor, conforme o nosso cod. de 1830 era a figura do seu art. 223 que punia uma das especies do genero estupro com pena intima aliás « quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dor, ou algum mal corporeo á alguma *mulher*, sem que se verifique a copula carnal.»

O nosso cod. pen. art. 266 tendo restringido o conceito do attentado ao pudor conforme fez o cod, portuguez, art. 391, affastou-se muito da fonte primitiva ou mediata.

Effectivamente, conforme Garraud, e os autores que temos citado, o attentado ao pudor resultante do facto mesmo immoral ou obsceno, praticado voluntariamente, nada tem que ver com o *movel* do agente do crime: pouco importa que até tenha querido satisfazer a sua *lubricidade*, ou *qualquer outra* paixão, si aliás o facto apresenta os caracteres especificados pelos arts. 331 e 332 do cod. francez.

Não se poderia pois crer que o fim do agente, no attentado violento ao pudor, deva ser necessariamente de satisfazer uma *impulsão carnal*. Um acto impudico commettido sobre a pessoa doutrem, ou sobre sua propria pessoa com o auxilio doutrem tem sem duvida quasi sempre por movel o instincto genesiaco; mas o acto constituiria um attentado ao pudor, ainda mesmo que fosse devido á curiosidade, ao odio ou á vingança. [1]

A mesma interpretação é dada pela jurisprudencia allemã ao § 174 do respectivo cod pen. Nos termos duma decisão do tribunal do imperio de 28 de fevereiro de 1880: « são qualificados como *actos impudicos* os que offendem os bons costumes e á decencia relativamente á sexualidade; importa pouco porém que directa ou indirectamente, elles sejam commettidos para dar satisfação aos desejos sexuaes». [2]

Entretanto, Crivellari, notando neste ponto o rigor da jurisprudencia franceza, cita um aresto da Corte Suprema de Vienna, de 16 de junho de 1863, em contrario á tal jurisprudencia, isto é, desconhecendo o attentado violento ao pudor quando o escopo do agente do crime não é a satisfação da paixão venerea. [3]

E' innegavel, porém, que para que haja offensa ao pudor nada póde influir que o sujeito activo do crime tenha a intenção de desafogar a sua lubricidade.

A jurisprudencia franceza não deixa nenhuma duvida, citando os autores especies bem caracteristicas. [4]

Entretanto, o art. 266 do nosso codigo parece restringir esse conceito do attentado, porque emprega as expressões « com o fim de saciar paixões *lascivas* » embora accrescente — ou por *depravação moral*.

A interpretação não è facil deante do preceito geral e rigido do art. 1º e ainda por que aqui, tendo sido a fonte do

---

[1] Garraud, OBR. CIT. vol. 4º pag. 473, n. 458.
[2] Berner, TRATTATO CIT. § 174, pag. 362.
[3] Crivellari, OBR. CIT, 7º vol., pag 483, n 5.
[4] Chauveau, Helie e Villey, vol. 4º, pag. 300, n. 1572; Blanche & Dutruc, vol. 5º, pag. 129, n. 103

codigo o portuguez, art. 391, este emprega expressões mais genericas — por outro qualquer motivo.

E', pois, uma disposição que fóra dos actos evidentemente lubricos, se prestará tanto á accusação, como á defeza do indiciado.

Quid juris si a especie se verificar ?

Provavelmente ficará impune, salvo si o facto fôr praticado em logar publico, porque então incidirá no art. 282 que edicta uma pena irrisoria. Outra questão. Empregando o art. 266 a expressão *attentado* e ainda mais, a exemplo do codigo francez de 1810, declarando o codigo belga, art. 374, que — o attentado existe desde que ha *começo de execução* » — poderia parecer que trata-se duma verdadeira tentativa elevada a crime *sui generis* e por isso não comporta mais a *tentativa de attentado* ?

A solução é que não ha tal tentativa, desde que houver começo de execução ; por ser considerado já tentativa ou crime consumado, o agente incide só e exclusivamente no art. 266.

A questão está resolvida nesse sentido pela jurisprudencia franceza, conforme attestam todos os autores sendo que a opinião isolada de Carnot, deante das disposições parallelas do nosso codigo, não prevaleceu, nem na doutrina, nem na jurisprudencia.

105. O art. 266 contém um paragrapho unico, impondo a mesma pena « áquelle que *corromper* pessoa de *menor* idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem ».

Trata-se aqui duma outra fórma de criminalidade contra a castidade pessoal e que é delineada como corrupção por actos de libidinagem sobre pessoas de *menor idade*, entendendo-se a menor idade civil, isto é, até 21 annos, porque o codigo não fixa outra idade no art. 266, paragrapho unico do texto.

Pessina, referindo-se á disposição parallela do codigo italiano, art. 335, observa que a hypothese como alli foi formulada veio dirimir uma controversia suscitada em França e na Italia na interpretação dos codigos anteriores. Varios interpretes consideravam, em sua maior parte, que houvesse delicto de excitação á corrupção, quer servindo á libidinagem doutrem, quer servindo á propria libidinagem. O art. 335 dirime a controversia, bastando para isso confrontal-o com as normas relativas ao lenocinio, que consiste em servir á libidinagem doutrem.

Foi tambem o que fez o nosso codigo penal, art. 266, paragrapho unico, distinguindo a especie do *lenocinio* agora previsto nos arts. 277 e 278, figura que não existia no codigo criminal de 1830.

A disposição do paragrapho unico, semelhante á do codigo italiano, art. 335, estabelece que, tambem sem recorrer

á violencia se póde incorrer em crime realisando actos de libidinagem, quando estes são praticados sobre pessoas de menor idade, isto é, até 16 annos, por aquelle, e até 21 pelo nosso.

A locução adoptada pelo cod. ital. e imitada pelo nosso, é a de «*corromper* uma pessoa de 16 annos *mediante* actos de *libidinagem*».

A essencia do delicto não consiste na violencia que constrange á impudicicia, mas em uma quasi violencia, isto é, em caricias ou affagos para seduzir (*illecebrae* adescatrici) a pessoa menor de 16 annos. [1]

Mas, o nosso cod. pen., no paragrapho unico do art. 266, como vulgarmente se diz, não tem eixo.

Imitou a locução do cod. ital., mas o absurdo aqui tocou ás raias do disparate, punindo tal figura com pena superior á do defloramento e igual á do attentado ao pudor com violencia e ao estupro, como se vê confrontando os arts. 266, 267 e 268 !

Punir com 6 annos de prisão cellular um individuo que é encontrado beijando e abraçando uma mulher quasi de 21 annos e punir com 4 annos o autor do defloramento de uma moça apenas nubil, é um facto que transtorna todos os principios juridicos da interpretação, um dos quaes é negar que o legislador commetta absurdo.

Aqui é evidente o disparate.

O cod. pen. seguiu no arranjo do art. 266 e paragrapho unico, o cod. port , art. 391 paragrapho unico, que tambem este equipara a pena da *corrupção* á do *attentado,* mas o nosso cod. não viu que o port. inflige a pena *correccional* e que esta, conforme o art. 64, não obriga a trabalho e não póde exceder a dous annos !

Pelo cod. ital., art. 335, a pena é de 30 mezes, no maximo e multa, salvo qualificativas especiaes.

A pena do paragrapho unico do art. 266 ainda será augmentada pelos qualificativas e aggravantes do art. 273.

A' vista da collocação do § e da doutrina, além do que dissemos citando Pessina sobre a fonte da disposição, é fóra de duvida que trata-se de crime que se refere á pessoa de um ou doutro sexo e que o facto não chegue por sua importancia a constituir attentado, art. 266, ou tentativa de defloramento ou de estupro, arts. 267 e 268.

A disposição do paragrapho unico do art. 266, semelhante a algumas da Orden. do Liv. 5º, torna-se inconciliavel com a do art. 272, que presume violencia tratando-se de pessoas menores de 16 annos e aqui eleva a menoridade aos 21 annos.

---

[1] Pessina, OBR. CIT., pag. 258, § 231.

Sobre a especie é menos rigoroso á vista da differença de idade marcada no cod. ital.

Commentando a disposição parallela á do nosso cod., opina Puglia, que trata-se do delicto de corrupção de uma pessoa menor mediante *actos de libidinagem*.

Sustentam alguns que a existencia deste delicto está subordinada a duas condições : 1ª, que os actos de libidinagem sejam praticados com o escopo de corromper ; 2ª, que elles sejam praticados contra pessoa não corrompida. Quanto á primeira condição, observamos que no systema do novo cod. não parece ser ella necessaria, porque haverá sempre corrupção, tanto si os actos de libidinagem tiverem sido commettidos com o objectivo de corromper, como si tal objectivo não tiver existido.

Não é necessario porém que os actos de libidinagem sejam exercitados sobre a pessoa que se quer corromper, sendo sufficiente que esta seja testemunha de actos libidinosos. [1]

A opinião de Puglia não está de accôrdo com a doutrina contraria, quasi unanime, dos mais notaveis autores italianos, nem com a respectiva jurisprudencia na interpretação do questionado art. 335 do cod. ital.

E' sabido que os elementos do crime de que se trata são os actos de libidinagem e a corrupção.

Os actos de libidinagem, diz Majno, repetindo arestos da jurisprudencia, puniveis segundo o art. 335, pódem ser praticados ou *sobre* a pessoa do menor ou simplesmente *na presença* delle. A conjuncção carnal, seja natural, seja contra a natureza, incide, pois, sob a disposição citada quando não seja acompanhada de violencia verdadeira ou presumida — ou, conforme o nosso codigo, não possa incidir no art. 267.

O outro elemento é a *corrupção*. A proposito, o relatorio ministerial observa que para determinar com maior precisão e clareza a noção do delicto em questão, o legislador o faz consistir no *corromper effectivamente* uma pessoa menor de 16 annos.

A commissão da Camara dos Deputados observa por sua vez que o conceito de um *attentado á innocencia* está expresso com a palavra *corromper*, a qual impede tambem que se confunda a obra perigosa da seducção com um acto fugaz lesivo do pudor.

Isto é o contrario do nosso codigo, art. 267, que pune menos o defloramento por seducção, engano, etc.

A commissão do Senado, depois de haver recordado que, segundo alguns, os actos libidinosos para constituir crime deviam ser praticados contra pessoa que já não estivesse cor-

---

[1] Puglia, Manuale cit., vol. 2º, art. 335., pag. 216.

rompida, declara que — si não se póde negar que seria *contradictorio* fallar de *corrupção* de pessoa *corrupta*, não é menos verdade que podem haver gráos tambem na *corrupção* e que seria imprevidente a lei si não attingisse o facto daquelle que se propuzesse a impellir na carreira da corrupção até a mais desmarcada libertinagem um impubere que nella já se tivesse iniciado.

Tentar-se-hia em vão, porém, traduzir estes conceitos tão exactos como subtis, num preceito legislativo e assim comprehendendo-os numa formula geral, convém abandonal-os á apreciação do juiz.

Ainda Majno, resumindo a jurisprudencia italiana, accrescenta que, na conformidade desses conceitos, foi julgado que si o menor já tem chegado á corrupção total, qualquer outro contacto libidinoso com elle não tornaria o seu autor responsavel de corrupção ulterior; entretanto, ao contrario, os actos corruptores podem succeder-se em tempo diverso, por obra perniciosa de mais pessoas e com intensidade progressiva, de sorte que quem completa a ruina da innocencia e da virtude não é menos culpado do que quem a tem iniciado, nem a sensualidade precoce do menor póde sempre valer para excluir o crime. [1]

Constanzo Calogero, a seu turno, que pensa que a lei, não distinguindo, comprehende tanto a corrupção physica como a moral, fundado nos arestos que cita, diz que quando o paciente já está corrompido não existe o crime.

Crivellari, cuja obra nesta parte é recente, doutrina no mesmo sentido. [2]

Pio Viazzi, que escreveu uma explendida monographia sobre os delictos sexuaes, elogiando a obra de Crivellari, continuada por Suman, emitte como uma maxima, o mesmo principio. [3]

O nosso cod. pen., no paragrapho unico do art. 266 do texto, deve ser interpretado mais benevolamente do que o art. 335 do cod. ital., não só porque a pena é de um excesso absurdo, mas tambem porque o paragrapho eleva a idade do sujeito passivo do delicto aos 21 annos.

Antes de concluirmos este numero, seja-nos permittido registrar as observações favoraveis, ainda feitas neste ponto por Pio Viazzi, já sobre o nosso projecto de 1897, em estudo ao qual adeante nos teremos de referir nas observações contrarias. Fazendo uma critica do referido projecto, principalmente sobre a parte *geral*, entretanto, diz:

---

[1] Majno, COMMENTO CIT., art. 335, 2º vol., pag. 60, ns. 2203 e 2204.

[2] Constanzo Calogero, *apud* Cogliolo, OBR. CIT., vol. 2º, parte I A, pag. 1085, § 4º; Crivellari, OBR. CIT., 7º volume, pag. 540, art. 335 n. 32.

[3] Pio Viazzi, SUI REATI SESSUALI. Torino, 1896, pag. 77, cap. V.

«Quanto á parte especial nos limitamos á uma vista sobre as disposições relativas aos delict s sexuaes, como aquelles que melhor podem reflectir, ainda em um projecto puramente juridico — os novos estudos. E notámos sem mais a impressão de clareza que resulta neste projecto de 1897 do uso rasoavel e apropriado do *nomen juris*, o innocente espantalho do nosso legislador. Mas aqui, criticos imparciaes, não abundaremos nos elogios.

A primeira figura delictuosa é a violenta conjuncção carnal com a mulher; melhor do que o nosso Codigo, onde o sujeito passivo póde ser masculino ou femenino, cousa que engendra confusão entre as hypotheses de coito e certas fórmas de seus substitutivos, á parte a estranha supposição da violencia carnal da mulher contra o homem.

São consideradas depois as formas da violencia presumida, analogas áquellas do nosso Codigo, e como estas defeituosas, relevando, na expressão verbal, a figura delictuosa da simples materialidade das circumstancias. Ora, nunca se poderá rasoavelmente encontrar commercio carnal punivel como violento onde, do estado de inferioridade ou de incapacidade physica ou moral da pretendida victima o presumido réo não tenha effectivamente aproveitado.

No art. 273 são contemplados numa só figura delictuosa os actos violentos de libidinagem e as offensas ao pudor sobre pessoa de um e de outro sexo, confusão que nós temos demonstrado erronea na nossa obra: *sobre os delictos sexuaes*.

Assim como ha actos de libidinagem (como a pederastia, a *fellatio in ore* e semelhantes) que acarretam comsigo maior contaminação do que aquella que acarreta o coito normal, assim não parece razoavel o limite da pena, para essas hypotheses, igual no maximo ao minimo da pena fixada para a conjuncção carnal violenta.

A corrupção de menores é figurada como no nosso codigo. Assim tambem, as limitações ao procedimento por estes crimes relativas á queixa particular. Não ha traços de qualquer pesquiza para achar modo de fechar o caminho ás mais faceis extorsões. [1]

106. Resta dizermos alguma cousa sobre o art. 267 do texto, em que o codigo penal estabelece a figura do defloramento ou defloração.

E' uma especie disforme do genero estupro e em que não entra como elemento a violencia.

Fôra melhor uma disposição mais generica, sem se referir ao defloramento.

---

[1] Pio Viazzi, ARCHIVIO DI PSICHIATRIA, SCIENZE PENALI ED ANTROPOLOGIA CRIMINALE, vol. 29, fasc. I — II — *La scuola positiva e la nuova legislazione penale brasiliana*.

Os projectos de revisão, entretanto, a estabelecem, estabelecendo tambem a da conjuncção carnal com mulher honesta, menor de 18 annos, mediante seducção, como faz o projecto de 1893, art. 277.

Os projectos, quanto á figura do art. 266 do codigo, não fizeram mais do que reproduzir, modificando, o mesmo codigo vigente que tem como fonte o codigo anterior.

Entretanto, Silva Ferrão, commentando o art. 392 do codigo penal portuguez de 1852, que teve como uma de suas fontes o nosso cadigo criminal de 1830, depois de referir-se a criminalistas e medico-legistas para fundar a doutrina contraria á que exige um signal physico da offensa da virgindade como elemento de taes crimes, diz:

Em apoio desta doutrina veem exemplos praticos de todos os codigos em vigor no mundo civilisado. Os codigos francez, hespanhol, austriaco, da Baviera, Sardenha, Duas Sicilias, da Allemanha e outros não conteem cousa alguma que respeite á violação da virgindade.

Sómente existe o codigo do Brazil, art. 219, concordancia unica dentre os codigos modernos.

Conservou assim, modificada a penalidade, a legislação anterior commum aos dous paizes, Portugal e Brasil, que a nosso vêr não deverá subsistir na reforma que se fizer dos respectivos codigos. [1]

A legislação á que allude Silva Ferrão é a Orden. do Liv. 5º Tit. 23, alterada pelo Alvará de 6 de outubro de 1784.

O voto que fazia o insigne autor não foi ouvido, nem mesmo em Portugal, cujo codigo de 1886, art. 392, reproduz a mesma figura.

Entre nós e recentemente, é de diverso parecer Viveiros de Castro, ao qual se refere Pio Viazzi, ainda a proposito dos projectos de 1896 e 1897, dizendo:

« E' punida a seducção de rapariga honesta, menor de 18 annos. Para quem, como nós, não crê na seducção masculina, ou para quem, tambem, crendo, tenha um conceito adequado da dignidade feminina, uma disposição semelhante representa ou um erro, ou o indicio de um atrazo na evolução da moral sexual no povo onde adquire vigor.»

Ella se achava no antigo codigo criminal do imperio, foi supprimida no codigo vigente e renasce agora nos dous projectos João Vieira e Milton. Tambem um magistrado brazileiro a julga asperamente: « Este novo delicto de seducção, assim escreve, é um perigo e uma injustiça. Primeiramente o que se entende por *mulher honesta*, para o effeito deste artigo? Não póde ser a virgem, porque o delicto seria o deflo-

---

[1] Silva Ferrão, OBR. CIT, vol. 7º, art. 392, pag. 218.

ramento. Não póde ser a casada, porque o delicto seria o adulterio... Não póde, pois, tratar-se senão de joven já deflorada por outrem, a qual continúe a viver em companhia de sua familia de um modo recatado e sério. Mas, é licito ao legislador conceder-lhe uma presumpção legal de honestidade? Quem póde garantir que contactos successivos não a estejam encaminhando ou a tenham já encaminhado para o grande exercito da prostituição clandestina? [1]

De resto, como já observava Pacheco excellentemente, no seu commentario ao codigo hespanhol, a lei não deve ser convertida num cerbero, guarda de mulheres espertas e praticas que não visam senão dispôr do seu corpo, segundo as exigencias do seu temperamento e os caprichos da sua vontade. [2]

Já tivemos occasião de dizer referindo-nos ao nosso autor e agora ao insigne Pio Viazzi:

« Não concordamos, porém, com o illustre autor na critica que faz ao projecto de codigo penal, por haver reproduzido uma das figuras do codigo criminal de 1830, isto é, a seducção de mulher honesta, menor de 18 annos, justificada opportunamente, quando entre nós se tem propugnado até pela punição de factos semelhantes, como v. g. o *lenocinio* constituido pelo commercio da prostituição com mulheres maiores, o que muitos codigos não admittem e pelo menos não offerecem na pratica vantagens á repressão, pela maior difficuldade na prova.

E' verdade que não são raros os casos de seduzidas-seductoras, mas o argumento provaria demais, porque a outra figura, que subsiste, a do defloramento, tem os mesmos inconvenientes e para obviar, pelo menos a maioria delles, seria necessaria uma solução radical, isto é, deixar sómente no codigo o estupro em suas varias modalidades, do facto com o elemento da violencia real ou presumida.

O codigo italiano, porém, que seguiu esse caminho, não está isento de acerbas censuras que lhe teem feito notaveis autores e entre elles o que já citámos na monographia geral sobre taes crimes.

Nós só defendemos a doutrina dos projectos para ir além da opinião dos citados autores que nos honraram com a sua critica, isto é, eliminar a figura do defloramento e substituil-a por outra mais comprehensiva, mas que exclua o elemento da violação da virgindade.

---

[1] Viveiros de Castro, OS DELICTOS CONTRA A HONRA DA MULHER. Rio de Janeiro, 1897, pag. 44 — Acceito o complexo da argumentação, não a primeira objecção, porque não ha estupro sem violencia ou ameaça, ou, ao menos, sem uma idade, no sujeito passivo, inferior aos 12 annos.

[2] Pio Viazzi, ARCHIVIO DI PSICHIATRIA. SCIENZE PENALI ED ANTROPOLOGIA CRIMINALE vol. 29, fasc. I — II — *La scuola positiva e la nuova legislazione penale brasiliana.*

In jure condendo ou de *jure constituto* nós andamos neste ponto divorciados de todas as legislações dos povos mais cultos neste momento.

Neste ponto é preferivel ao nosso direito, o allemão.

A seducção e a copula com uma rapariga honesta, menor de 16 annos, é punida, diz Berner, pelo § 182 do cod. allemão.

A razão desta lei acha-se « na falta natural de defeza da pessoa juvenil e na facilidade em seduzil-a ».

Para o crime, pois, não se exige enganos ou artificios especiaes, mas sómente que « o homem se tenha aproveitado da inexperiencia e da pouca defeza da rapariga ».

Uma defloração anterior não exclue necessariamente a honestidade da rapariga.

A opinião de Berner está de accôrdo com a jusrisprudencia allemã, da qual elle cita os arestos do tribunal do imperio, de 23 de março e 10 de maio de 1882. *(Decisões,* IV, pags. 269 e 462.) Este ultimo declara:

« O conceito da *honestidade*, no sentido moral-sexual, não é a mesma cousa que a *virgindade* no sentido physico. A *defloração* póde ter-se verificado por acaso, por molestia, ou por crime de terceira pessoa, sem que por isso á rapariga se possa arguir immoralidade alguma. Só uma copula voluntaria ou uma conducta deshonesta, fundada no animo transviado da rapariga, póde, em regra, estabelecer a deshonestidade no sentido da lei.[1] »

No direito inglez é punida a conjuncção carnal com menor de 16 annos sem o requisito da defloração. [2] »

Com maior rigor na penalidade, o codigo hollandez, art. 245, quanto ás menores de 16 annos.

107. O codigo do Uruguay, art. 284, e o da Argentina, art. 130, definem o estupro voluntario como praticado contra mulher virgem.

Apezar disto, o Dr. Tejedor em nota a este ultimo codigo, diz que — « o estupro suppõe, pois, mulher virgem, ou *ao menos, de conducta regular até então,* e que se tem deixado seduzir por esperança de casamento ».

O Dr. Rivarola, a seu turno, diz:

« As condições do estupro, delicto do art. 130, são:

1ª, a virgindade da offendida ;

2ª, idade maior de 12 annos e menor de 15 ;

3ª, seducção ».

A virgindade da offendida, collocada como condição essencial do delicto a que se refere o art. 130, faz suppôr que seja tambem condição da consumação do delicto o *deflora-*

---

[1] Berner, OBR. CIT., pag. 369, §§ 179 e 182 do codigo allemão.

[2] Seymour Harris, OBR. CIT., pag. 123.

mento, reputando-se que este existe, segundo as conclusões medico-legaes, produzindo-se a ruptura da membrana hymen.

Não me parece *juridica* esta conclusão.

Um facto qualquer póde reputar-se consumado, ou não, quando está inteiramente realisado o proposito do autor.

No estupro, *não* ha porque perguntar-se si é ou não proposito do autor a ruptura do hymen. Proposito indubitavel é a satisfação de seus appetites sexuaes. O realisado em mulher ainda não tocada, ainda póde entrar no requinte de sua sensualidade. O damno que disto se segue é de consideração, porque importa affronta e deshonra para a victima. Mas, a affronta e a deshonra nascem de haver sido manchada pela satisfação do desejo venereo; *não* nasce dum *accidente physico* que, na generalidade dos casos, póde produzir-se no acto da primeira copula, mas que por *muitas* circumstancias ou disposições naturaes, póde não occorrer.

Tanto me parece isto exacto, que sempre considerou-se possivel que o estupro fosse commettido em mulher não donzella. Já o Digesto distinguia o adulterio do estupro, com estas expressões: *adulterium in nupta admittitur* : *stuprum in* VIDUA *vel* VIRGINE *vel* PUERO *committitur*.

Pacheco define o estupro, o gozo duma donzella, conseguido por seducção; mas, esta definição parece-me limitada ao estupro de que póde occupar-se a lei.

Considero mais exacta a definição de Carrara: « o conhecimento carnal da mulher *livre e honesta*, precedido de seducção verdadeira ou presumida e não acompanhado de violencia ».

Concorda tambem com esta definição a nota de Tejedor que annotando as palavras *mulher virgem* accrescenta *ou pelo menos de boa fama*.

Entretanto, Vasquez Acevedo, annotando o cod. uruguayano, art. 284, cuja dicção é a mesma do argentino, art. 130, depois de referir-se á opinião do Dr. Rivarola e de Tejedor, parece affastar-se, até certo ponto, da opinião daquelle e inteiramente da do ultimo, observando entretanto que pelas razões qua adduz Rivarola, entende que a lei falla de mulher virgem no sentido de donzella ou mulher que em todo caso não tem conhecido varão. [1]

Invocámos esses autores para mostrar que apezar, da lettra das disposições, que explicam, a sua interpretação é duvidosa.

E taes codigos não fazem do defloramento uma condição do crime consumado e menos uma figura de crime,

---

[1] Dr. Rivarola, OBR. CIT., 2º vol. pag. 146, n. 584; Vasquez Acevedo, OBR. CIT., pag. 245, art. 284.

como os nossos, inferiores neste ponto a elles e muito mais aos europeus acima citados que nem incluem o elemento da virgindade, quanto mais o defloramento, para erigil-o em figura de crime.

Aquelles codigos seguiram os hespanhoes, arts. 366 e 458.

Seja como fôr, porém, á vista do que até aqui temos exposto, não concordamos, nem com Viveiros de Castro, nem com Pio Viazzi sobre o assumpto, objecto dos projectos nesta parte, pois que, a figura que deveria ter sido eliminada era a do art. 267, ou antes formulada de modo mais generico que não exigisse o elemento da virgindade para caracterisal-a.

Vamos concluir este numero fixando os caracteres ou elementos constitutivos da figura do art. 267, isto é, defloramento

Na lettra da disposição do texto taes elementos são:

1º, *mulher de menor idade* que, sem outra indicação quer dizer *civil*, isto é, de menos de 21 annos, que é a maior idade civil.

Ao contrario de Viveiros de Castro, entendemos que a menor obtendo supplemento de idade está comprehendida no artigo, só podendo o supplemento ter effeitos puramente civis;

2º, *o emprego de seducção, engano ou fraude.* Sobre este elemento a que se refere tambem o cod. ital. art. 331, díz Crivellari, que á violencia carnal foi pelo legislador equiparada a conjuncção carnal conseguida por *meios fraudulentos,* empregados pelo culpado; figura esta de delicto que Carrara chama estupro, e outros, estupro com *seducção.* O conceito da seducção é de difficil determinação, muitos são os elementos de que resulta, subjectivos uns, objectivos outros, que, segundo as circumstancias, podem variar. Para que haja, porém, seducção é necessario que o agente empregue meios ou artificios idoneos para *enganar* a pessoa de que quér abusar e tanto que arraste á conjuncção carnal. Entre os varios casos de seducção, não é esquecido o da promessa de casamento não realisada, qualquer promessa que pelas condições e idade da pessoa tenha um caracter de seriedade que possa induzir em *engano.* [1]

Mas como o codigo argentino emprega a palavra *seducção* e o Uruguay, a exemplo dos codigos hespanhóes que servem das expressões *intervindo engano,* ouçamos um dos seus interpretes.

A *seducção,* diz Rivarola, é a ultima das condições enunciadas para caracterisar o estupro punivel. Certa-

[1] Crivellari, OBR. CIT.. vol. 7º, pag. 532, n. 26.

mente que o termo diz demasiado e ao mesmo tempo diz pouco.

A seducção verdadeira, diz Carrara, tem por substratum indispensavel, no sentido juridico, o *engano*. A mulher que na linguagem vulgar se diz *seduzida* porque seu pudor foi vencido pelos rogos, attenções assiduas e ternuras insistentes do amante, ou ainda pelos impulsos da ambição ou avidez ou pela exaltação excitada dos seus sentidos, não póde dizer-se *seduzida* no sentido juridico.

Reconhecido o principio de que a objectividade do delicto de estupro deve achar-se na offensa ao direito da mulher, e recordado o outro principio de que ella é senhora de dispôr livremente de seu corpo, não é possivel encontrar elemento de seducção senão onde o consentimento da mulher fique destituido de todo valor juridico.

Parece haver perfeito accôrdo entre estas conclusões e os termos *intervindo engano* que substituem no cod. hespanhol a *seducção* que emprega nosso artigo.

Tanto a formula *seducção* como a de *intervindo engano* deixará assás demasiado ao criterio dos tribunaes, sendo ainda possivel que chegue a ser de todo ponto inefficaz a lei.

Tanto Rivarola como Vasquez Acevedo, se referem a Pacheco que restringe muito a interpretação do cod. hespanhol e oriental. [1]

Pensamos, entretanto, que o nosso cod. penal, art. 267, a exemplo do nosso cod. crim. de 1830, art. 224, devia ter empregado sómente a expressão seducção, como fazem o cod. port. art., 392, e o argentino, art. 130; deixando o engano ou a fraude que podem caracterisar até as especies dos arts. 266 e 268, como é corrente na jurisprudencia franceza;

3º e ultimo elemento — o *defloramento* ou defloração.

A' vista do que até aqui expuzemos e do confronto que temos feito do direito hespanhol, inclusive das republicas que tiveram nelle a sua fonte, estamos em diametral opposição a Viveiros de Castro.

Assim realisado completamente o defloramento, está consumado o crime; si elle é incompleto, haja ou não copula, não ha mais do que *tentativa*.

Si nem incompleto está, haverá a hypothese do paragrapho unico do art. 266.

Os arts. 266, primeira parte, e 268 estão fóra do escholio, porque incluem o elemento da violencia.

A opinião de Viveiros de Castro póde-se adaptar aos codigos hespanhoes que preveem o estupro de mulher vir-

---

[1] Rivarola, OBR. CIT., 2º vol., pag. 148, ns. 588 e 589; Vasquez Acevedo, OBR. CIT., art. 284, not., pag. 246.

gem, mas não incluem como elemento a defloração: ao nosso direito nunca tal interpretação poderá ser adaptada.

As licções medico-legaes sobre o defloramento convencem apenas que de um elemento tão duvidoso não se deveria ter feito condição constitutiva de crime.

Entre nós, o sabio professor de medicina legal na Faculdade de Medicina da Bahia, o Dr. Nina Rodrigues, tem provado quanto são difficeis de resolver as questões que se ligam ao defloramento pela propria complexidade dellas, mesmo sob o ponto de vista anatomico, conforme as interessantes publicações do insigne autor, no paiz e no estrangeiro.

Nada disto, porém, suffraga a interpretação contraria, porque o objectivo, o escopo do crime é a defloração; o coito, a conjuncção carnal é o meio que póde acarretar aquella, completa, *consumação*, incompleta, *tentativa*, ou nem incompleta, pelo menos sem prova certa da pericia.[1]

108. Vamos registrar aqui sobre o capitulo arestos referentes ao cod. anterior e ao vigente.

A' vista das doutrinas desenvolvidas no commentario, não nos referiremos especialmente aos arestos, salvo aos ultimos sobre um ponto a que não alludimos.

« Tendo sido justa e legalmente applicadas ao recorrente as penas do art. 205 do codigo criminal (cod. Pen., art. 304), pelos ferimentos e offensas physicas praticados na região anal da menor Eugenia, mostra-se, porém, que contra as disposições do mesmo codigo lhe foram impostas as penas do art. 222 (cod. pen., art. 268), visto que se bem tivesse havido offensa pessoal causando dor á dita menor, não se verificou a copula carnal, e neste caso tinha logar a applicação do art. 223 (cod. pen., art. 266) e não do 222 (cod. pen., art. 268) em que o recorrente foi condemnado. » Acc. do Supremo Tribunal de Justiça, 21 de maio de 1879.

« Factos criminosos successivos, embora praticados com uma só intenção, constituem delictos diversos.

A tentativa nos attentados contra o pudor nem sempre é punida com a simples pena do art. 223 do cod. crim. (cod. pen., art. 266), mas no caso com as dos arts. 201 e 222, combinados com o 34 do mesmo codigo (cod. pen., arts. 303 e 268 combinados com o 13) ». Acc. revisor da Rel. *Ouro Preto*, 16 de setembro de 1879.

« O deflorador de mulher menor de 17 annos, sendo casado, è condemnado nas penas do art. 219 do codigo cri-

---

[1] Vide Nina Rodrigues, REVISTA MEDICO-LEGAL, Bahia, 1895, pag. 42 — *Un cas curieux d'hymen double avec défloration unilatérale* ; DES FORMES DE L'HYMEN *et de leur role dans la rupture de cette membrane* nos *Annales d'hygiène publique et de medicine légale*. Paris, numero de junho, 1900, pag. 33 do opusculo extrahido dos Annaes.

minal (cod. pen., arts. 267 e 273) ». Acc. do Supremo Tribunal de Justiça, 4 de setembro de 1880.

« Condemnação nos arts. 205 e 222, combinados com o art. 34 do codigo criminal (cod. pen., art. 268 combinado com o 13 e art. 304), por facto violento contra o pudor sem verificação da copula; com o voto vencido opinando pela applicação do art. 223 (cod. pen., art. 266), isto é, attentado ao pudor e não estupro». Acc. Rel. *Ouro Preto*, 27 de maio de 1881.

« O art. 222 (cod. pen., art. 268) é applicavel ao caso de violencia feita á uma mulher casada para com ella ter-se copula carnal». Acc. Rel. *Recife*, 23 de maio de 1884.

« As penas do art. 222 (cod. pen. art. 268) absorvem as do art. 205 do codigo criminal (cod. pen., art. 304)». Acc. Rel. *Porto Alegre*, 30 de maio de 1890. [1]

« As especies contidas nos arts. 266 e 268 do codigo penal constituem *nuances*, senão gradações do genero — violencia carnal — sob cuja epigraphe se acham no cap. 1º do tit. 8º do codigo e tanto mais quanto, pelas expressões — violentada com abuso de confiança — empregadas na denuncia, foi por estar precisado o facto de modo a se dever classifical-o de *estupro*, como define o art 269 do codigo penal, sem embargo de denominação diversa ao mesmo, por elle dada (attentado ao pudor)». Acc. Rel. *Ouro Preto*, 19 de novembro de 1892. Augusto Olyntho — *voto vencido*, opinou que « tendo sido o réo pronunciado pelo crime de *attentado ao pudor*, art. 266 do codigo penal, não póde ser accusado de *defloramento* ou *estupro*, arts. 267 e 268 do mesmo codigo, que são crimes de natureza distincta, embora classificados sob a mesma epigraphe.

« Em ambos a copula é uma circumstancia especial, porque della depende a sua constituição, o que não se dá com o attentado contra o pudor.

« Não se verificando a copula, póde dar-se a tentativa de violencia (violação) si o facto reveste os caracteres exigidos no art. 13 do codigo penal, ou então attentado ao pudor nos termos do art. 266 que corrigiu as lacunas do art. 223 do antigo codigo criminal, tendo por fonte proxima o art. 392 do codigo portuguez, que accentúa a sua natureza distincta daquelle.» [2]

E' strictamente juridico o voto vencido; sobre o Accordão não podemos emittir juizo quanto á boa ou má applicação do direito, á especie, porque isto no caso excederia da nossa tarefa, estando a questão relacionada com o

---

[1] O DIREITO, vol. 19, pag. 548; vol. 20, pag. 239; vol. 23, pag. 389; vol. 30, pag. 380; vol. 34, pag. 426, e vol. 52, pag. 577.
[2] O DIREITO, vol. 70, pags. 89.

processo, além de não estar bem caracterisada; mas a sua doutrina em geral tambem é verdadeira.

« A menoridade da offendida é circumstancia essencial no crime de defloramento. Um passaporte não é prova de idade». Sentença do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal, 1 de agosto de 1895.

« Elementos constitutivos do estupro — A violencia não se presume, precisa ser provada. Analyse psychologica da prova — Regras para constatar a violencia ». Sentença do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal, de 13 de novembro de 1895. [1]

« São elementos do crime de defloramento— 1°, a copula com mulher virgem, tendo na grande maioria dos casos, como consequencia, o dilaceramento da membrana hymen — 2°, que a virgem seja de menor idade, e — 3°, que seu consentimento fosse obtido por seducção, pelo engano ou pela fraude.

« A promessa de casamento é um poderoso meio de seducção, quando havia motivos para a offendida acreditar na seriedade da promessa ». Sentença do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal, de 19 de novembro de 1897.

São elementos constitutivos do crime de defloramento: *a*) que exista a copula completa ou incompleta; *b*) que a mulher seja virgem; *c*) que tenha menor idade; e *d*) que haja consentido enganada pela seducção ou fraude.

« Deve presumir-se, salvo prova em contrario, a virgindade da moça de familia recatada.

« Não é possivel determinar-se por meio do corpo de delicto a época do defloramento anterior a oito dias.

« Para que a seducção seja elemento constitutivo do crime de defloramento, deve ser enganosa a causa efficiente delle, e a sua fórma mais frequente é a *promessa de casamento* ». Idem, idem, de 24 de maio de 1899. [2]

109. No caso dos crimes de estupro e defloramento, este crime serve de circumstancia aggravante daquelle. (Sentença de 20 de fevereiro 1877).

Crime de estupro praticado em menor de 12 annos, sendo casado o autor — art. 268 combinado com o art. 273 do codigo penal. No caso é aggravante a circumstancia prevista no art. 41, § 3° do codigo penal, isto é o defloramento aggrava o estupro: Accórd. do Supremo Tribunal Federal, 17 fevereiro 1897 — com os votos *vencidos* dos ministros Figueiredo Junior, Manoel Murtinho e Ribeiro de Almeida.

No crime de estupro, quando fôr virgem a offendida, esta circumstancia constitue a aggravante do art. 41, § 3 do co-

---

[1] Viveiros de Castro, SENTENÇAS E DECISÕES CIT., pags. 37, 40, 258 e 272.

[2] REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA CIT., vol. 1°, pag. 265; vol. 6°, pag. 366.

digo penal. Sentença do Dr. Pereira Lins, juiz na cidade de Minas, 30 de julho 1898. [1]

A origem da doutrina destes tres ultimos arestos relativos ao codigo criminal anterior e ao codigo vigente foi a decisão do ministerio da justiça, n. 512, de 5 de novembro de 1862 e só ao seu objecto nos referimos, attenta a jurisprudencia que se tem tentado firmar desde o tempo do imperio pelas Relações e agora pela alta autoridade do Supremo Tribunal Federal.

Thomaz Alves parece inclinar-se á doutrina dessa decisão; tendo antes notado que Silva Ferrão observava dever o legislador brazileiro e portuguez ter distinguido o estupro violento quando acompanhado ou não do defloramento. [2]

Mas o novo codigo portuguez, arts. 392 e 393, do mesmo modo que o anterior e os nossos, não inclue na violação para constituil-a ou aggraval-a a offensa á virgindade da victima.

A questão manteve-se no mesmo estado nos codigos dos dous povos.

Entre nós parece que alludia á referida decisão Tobias Barreto quando dizia sobre o codigo anterior: «O codigo desconhece o conceito da *concurrencia ideal* e da *concurrencia real dos delictos,* como tambem parece que não entrou nos seus calculos a idéa do delicto *continuado,* do delicto *momentaneo* ou *duradouro, transitorio* ou *permanente*. Destas lacunas, ainda mais aggravadas pela ausencia de uma verdadeira doutrina scientifica e uma praxe regular, que as possam supprir, resulta o espectaculo de um sem numero de disparates observados nas decisões do governo, que se arvora em criminalista *ex-cathedra,* e nos julgados dos tribunaes sempre incertos, vacillantes, e tateando as trevas da sua propria incerteza. Assim, ha cousa alguma demais divertido, do que ver sobre a hypothese do art. 222 do codigo criminal (codigo penal, art. 268) levantar-se a questão — si sendo virgem a mulher violentada, e menor de 17 annos, deve o réo responder não só pelo crime daquelle, como pelo do art. 219 (codigo penal, art. 267)? Só conheço de mais ridiculo o serio imperturbavel com que o governo responde ao *jurista,* que o consulta, que o planeta attráe o satellite, e os dedos de cada mão são justamente cinco. [3]

Nesta citação, que é um incidente em artigo sobre materia diversa não se póde apprehender a opinião do insigne autor

---

[1] O DIREITO, vol. 15, pag. 109; e vol. 73, pag. 425; REVISTA DE JURISPRUDENCIA CIT., vol. 4°, pag. 56.

[2] Thomaz Alves, OBR. CIT., vol. 3°, art. 222, pags. 389 e 398; Silva Ferrão, OBR. CIT., vol. 7°, art. 394, pag. 231.

[3] Tobias Barreto, ESTUDOS ALLEMÃES. Recife, 1883, pag. 52 — *Dos delictos por omissão.*

que julga disparatadas as decisões e ao mesmo tempo que o governo responde á questão onde não ha questão.

Seja como fôr, a nossa humilde opinião é contraria aos arestos dentre os quaes no do Supremo Tribunal Federal aliás figuram tres ministros vencidos.

Entendemos que o legislador não podia ter em vista a aggravante geral do art. 41, § 3º, isto é, a *natureza irreparavel do damno* no defloramento, sem fazer menção dessa circumstancia que influe para aggravar a pena contra os preceitos terminantes, que estabeleceu — arts. 1 e 36.

Depois, dispondo o codigo, no art. 37, que a « circumstancia aggravante *não* influirá, todavia, quando fôr elemento *constitutivo* do crime » — no caso do art. 268 occorre, que si o *defloramento* não é elemento da figura do crime deste artigo, a copula com violencia o inclúe ao menos na maioria dos casos e eis ahi contra o art. 37 a aggravante, funccionando ao mesmo tempo como tal e como elemento constitutivo.

Finalmente, o art. 268 inclúe no § 1º uma attenuante e no § 2º uma aggravante, e ainda como disposições communs, o codigo contempla nos arts. 272 e 273 outras aggravantes, sem declinar a do defloramento no estupro violento.

Todas essas aggravantes estão coordenadas com os conceitos das especies em seus respectivos elementos constitutivos e portanto o silencio do cod. por si só é eloquente, parecendo que quiz separar inteiramente a figura do art. 267 da do art. 268, sem absolutamente relacional-a, como fez o cod. crim. de 1830, o portuguez de 1852 a que este serviu de fonte e ainda o portuguez de 1886.

Parece-nos que a interpretação não póde ser outra e os arestos citados tentam firmar uma jurisprudencia contraria ao codigo.

Uma outra questão que a jurisprudencia suscita e cuja solução poderia induzir á uma jurisprudencia semelhante a dos arestos citados, mas por outro fundamento que não a aggravação simples da referida circumstancia:

Na hypothese figurada do defloramento e estupro violento é possivel juridicamente applicar o § 3º, do art. 66 do cod. pen. para impôr ao agente do crime e no maximo, a pena mais grave, isto é, a do art. 268?

Respondemos tambem pela negativa, porque pelas razões que demos, no caso ha duas especies de crimes previstos em disposições differentes, sendo que a do art. 268 póde e deve necessariamente e quasi sempre acarretar um dos elementos da outra.

Não ha dous crimes distinctos, nem concurso, *real* nem mesmo *formal* de crimes, e pois o art. 66, § 3º é inapplicavel.

O desenvolvimento dos principios relativos, quer ás circumstancias aggravantes, quer ao concurso de crimes

e de penas, sendo objecto da parte *geral*, nos limitamos a citar outro trabalho nosso sobre a materia. [1]

Dos autores que escreveram sobre o cod. crim. anterior, só Francisco Luiz é que, referindo-se á decisão ministerial citada, observa que ella era muito censurada por que neutralisava o art. 219 naquelle caso. [2]

Neutralisava, diremos nós, todo systema de graduação de penas, porque pelo facto de considerar como aggravante do art. 222, o facto previsto no art. 219, não parava ahi, mas mandava applicar a pena no gráo maximo, quando na hypothese de haver alguma attenuante, como v. g. a da menor idade, embriaguez, etc., a pena só poderia ser imposta no médio; o que era uma infracção dos arts. 15, 33 e 63 do referido codigo: *abyssus abyssum invocat*.

CAPITULO II

DO RAPTO

CODIGO

Art. 270. Tirar do lar domestico, para fim libidinoso, qualquer mulher honesta, de maior ou menor idade, solteira, casada ou viuva, attrahindo-a por seducção ou emboscada, ou obrigando-a por violencia, não se verificando a satisfação dos gozos genesicos :

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos.

§ 1.º Si a raptada for maior de 16 e menor de 21 annos, e prestar o seu consentimento :

Pena — de prisão cellular por um a tres annos.

§ 2.º Si ao rapto seguir-se o defloramento ou estupro, o raptor incorrerá na pena correspondente a qualquer destes crimes, que houver commettido, com augmento da sexta parte.

Art. 271. Si o raptor, sem ter attentado contra o pudor e honestidade da raptada, restituir-lhe a liberdade, reconduzindo-a á casa donde a tirou, ou collocando-a em logar seguro e á disposição da familia, soffrerá a pena de prisão cellular por seis mezes a um anno.

Paragrapho unico. Si não restituir-lhe a liberdade, ou recusar indicar o seu paradeiro :

Pena — de prisão cellular por dous a doze annos.

COMMENTARIO

110. Collocamos neste capitulo sómente os dous artigos do texto, embora o codigo collocasse outros que conteem disposições communs a este e ao anterior e devem constituir um capitulo especial.

---

[1] Do autor: Cod. pen. commentado cit., 2º vol., caps. XXII, XXIII e XXXIV.

[2] Francisco Luiz, Cod. criminal cit., art. 222, nota.

Sobre o projecto de revisão que guardou essa ordem dissemos :

No cap. II deste titulo figura o *rapto* classificado em differentes codigos como crime contrario á liberdade individual ; mas é evidente a razão de seguir outros que o collocam neste logar, tratando-se de objectivo libidinoso ou de casamento, que se torna no caso predominante na classificação.

Não obstante a critica de Puglia, ao projecto italiano convertido em lei, o rapto comprehende não só a *abducção*, a *tirada*, como a *retenção* da mulher. [1]

Elle tem hoje esphera muito mais lata do que a da noção romana : *raptores virginum honestarum*.

Sob certo ponto de vista, crime mais grave do que varias especies do capitulo anterior, o projecto elevou as penas do codigo vigente, coordenou as aggravantes applicaveis, assim como as attenuantes da restituição da pessoa raptada e do fim do casamento, tornando, porém, esta attenuante, que é a substituição da prisão, pela detenção, dependente do arbitrio do juiz, que não a applicará, si o fim envolver especulação de lucro, como previa Zanardelli justificando o codigo italiano. [2]

Coherentemente com taes principios, a isenção da penalidade em taes crimes só terá logar a aprazimento da offendida ou quem a represente legalmente, conforme o novo codigo. [3]

Todos os projectos de revisão differem pouco entre si neste titulo e por isso convém registrar toda critica sensata de que forão objecto mesmo sómente os nossos, isto é, aquelle e o de 1897 ; ainda porque o estudo imparcial até de autores estrangeiros relativamente ao assumpto auxilia a explicação e interpretação do codigo vigente. Assim em estudo que já citámos sobre os projectos de 1896 e 1897 Pio Viazi observa :

« A figura infeliz do *rapto consensual* é reproduzida quasi em termos identicos aos do nosso codigo (ital.) e assim tambem a do lenocinio desinteressado e não habitual, vice-versa, não é considerado como figura de delicto o incesto ; e como temos já procurado demonstrar algures, cremos que é um mal. As offensas ao pudor publico e á decencia e as exposições e publicações obscenas forão collocadas entre as *contravenções*. »

---

[1] Puglia, Obr. cit., pag. 98.
[2] Relazione iii, pag. 227.
[3] Exposição de motivos do projecto de 1893, pag. 17.

Na citada monographia o autor expõe a sua opinião sobre a doutrina do rapto, desenvolvendo-a muito ainda em outra obra. [1]

Os nossos codigos, o de 1830, art. 227 e o vigente, artigo 270 do texto, já comprehendiam o rapto consensual ou improprio. E, ao contrario da opinião do illustre autor, entre nós defende essa fórma de rapto um alto magistrado e professor, cuja orientação nada tem de suspeita ás idéas positivas doutrinadas pela nova escola italiana. [2]

Permitta-se-nos algumas idèas geraes para depois passarmos á explicação do texto.

No direito romano punia-se com pena capital o rapto, desde que este succedesse, sendo indifferente o consentimento ou não da mulher raptada.

Ao contrario, as leis germanicas puniam o rapto sempre que se effectuasse sem a vontade da mulher raptada; e a pena era o *wehrgeld*.

Só a lei dos Wisigodos uniformisou-se com a severidade do direito romano, o que explica a ferocidade da nossa Orden. do Liv. 5º, tit. 18 na imposição da pena de morte e na indistincção entre o rapto com violencia ou não, o que só parece ter sido modificado pela lei de 6 de outubro de 1784, conforme a opinião dos interpretes portuguezes, sendo a tirada dum lugar para outro apenas uma aggravante a arbitrio de juiz, mas sendo a pena em geral a do estupro voluntario. [3]

Entretanto o direito canonico estabeleceu o conceito da punibilidade menor do rapto por causa de matrimonio e da impunidade deste quando o raptor tivesse o consenso da mulher e o casamento precedesse a copula.

Na idade media os preceitos do direito canonico exerceram sua influencia nas leis seculares.

Nas legislações modernas se distingue o rapto violento do fraudulento, mas a pena em algumas foi a mesma, porque só se admittiu o rapto por *seducção das menores*, como uma subespecie do rapto *violento* ou por *insidia*.

O rapto é uma segunda especie do genero delicto contra o pudor individual e consiste no apossar-se ou apoderar-se *per vim aut per insidias* duma pessoa de maneira que ella possa facilmente sujeitar-se aos desejos libidinosos de outrem sem poder defender-se.

---

[1] Pio Viazzi, Archivio cit., *artigo citado*; Sui reati sessuali cit., cap. VIII; Il ratto commento, etc. Milano 1897.

[2] Lima Drummond, Estudos de direito criminal, Rio de Janeiro, 1898, pag. 101, *do crime de rapto*. Quanto á critica geral do cod. pen. neste cap. vid. Carvalho Durão, O Direito, vol. 55, pag. 222, VIII, *rapto, e emboscada*

[3] Mello Freire, Juris Criminalis Lusitani Institutiones, *Conimbricæ*, 1860, tit. 4º, § 17; pag. 62; Pereira e Souza, Obr. cit., pags. 215 e 286.

Ora, este facto, diz Pessina, que em si mesmo é uma captura privada, assume uma importancia especial segundo a fórma do proposito particular que ora póde se effectuar contra a pessoa raptada actos de violencia carnal e ora póde ser algum acto menos criminoso, isto é, constranger a pessoa mesma, ou as pessoas sob cujo poder ella acha-se a consentir num matrimonio e nesta segunda hypothese, si bem que de menor gravidade, o caracter criminoso do rapto não se distingue menos, quer porque é um meio indirecto de constranger a vontade doutrem á cousa a que se não tem direito de constrangel-a, quer porque, tambem não se realizando em tal caso actos de libidinagem, basta sómente a facilidade da realização delles para com isto lesar-se a liberdade pessoal e a fama ou honra da pessoa raptada. [1]

E isto responde tambem áquelles que querem classificar fóra deste titulo o crime de rapto como, entre nós, opina Lima Drummond na citada monographia, cujo merito reconhecendo num juizo bibliographico, nos pronunciamos contra sua opinião. [2]

E recentemente Suman observa que, tratando-se de examinar o delicto de rapto, segundo a doutrina, a primeira pesquiza que se deve fazer é a que se refere á sua *classificação,* a respeito da qual os escriptores e as legislações não estão muito de accordo. Em dous partidos se dividem os contradictores. Um é o daquelles que pretendem collocar o rapto entre delictos que *offendem o pudor,* e esta opinião apoia-se sobre o criterio de que este delicto lesa a integridade moral do sujeito passivo, tira-lhe sem o seu consentimento a castidade corporea, pois que, dizem elles, para ser punivel deve realizar-se com o fim da libidinagem.

O outro partido o colloca entre os crimes *contra a liberdade individual.* Estes sustentam não se poder collocal-o entre os delictos contra o pudor, porque si de facto foi praticado com o fim de matrimonio, nenhum pudor fica offendido, e si o fim fosse a libidinagem, não seria sinão uma aggravante da violencia carnal. Não póde ser collocado entre os crimes contra a ordem das familias, porque não é necessario que a raptada não seja livre por si mesma ou não tenha familia para que o crime exista. Não póde estar emfim entre os crimes contra a moralidade individual, porque para ter-se o crime, não é necessaria violação alguma da pudicicia ou do pudor, como seu elemento, nem o facto sómente da abducção ou da retenção implicam uma violação de tal natureza. Depois de todas estas exclusões, concluem pela collocação delle entre os crimes que offendem a liberdade

---

[1] Pessina MANUALE cit., pag. 265, § 238.
[2] Lima Drummond, *Estudos*, CIT. ,II, pag. 107.

individual, quando a pudicicia não tenha sido offendida, ou a integridade moral da mulher não tenha sido violada.

A classificação deste crime, conclue Suman, deve estabelecer-se, si se quer que seja justa, segundo um exame attento do fim a que se propõe o culpado. Dous podem ser os fins que tornam delictuoso o rapto, a libidinagem ou o matrimonio. Estes fins lezam : o primeiro o pudor, o segundo a ordem na familia, logo a sua propria classe é a dos crimes contra o bom costume e a ordem na familia « que logica e racionalmente devem constituir uma classe unica, embora alguns escriptores e algumas legislações as considerem como distinctas. O criterio que nós enunciariamos como mais exacto foi adoptado pelo codigo italiano. [1]

O nosso codigo de 1830 collocou o rapto no capitulo « dos crimes contra a segurança da *honra* » e sob o titulo geral de crimes contra a segurança *individual* e precedendo os capitulos « dos crimes contra a segurança do estado civil e domestico ».

O codigo vigente dividiu a materia comprehendida num só titulo do codigo italiano em dous, no VIII e IX e epigraphou-os quasi como o codigo anterior.

Todos os projectos de revisão adoptaram o titulo do codigo italiano.

Seguem ainda essa classificação os codigos hespanhóes, anterior e vigente, que collocam o rapto sob o titulo de crimes contra a *honestidade*, seguido pelo codigo argentino ; sendo a classificação do do Uruguay a mesma do italiano.

Os autores inglezes classificam o mesmo crime entre os outros contrarios aos bons costumes. [2]

Franz von Liszt colloca o sequestro ou rapto do homem entre os crimes contra a liberdade e o rapto de que tratamos entre « os crimes contra a liberdade *sexual* e o sentimento *moral* ». [3]

111. A noção do rapto dada pelo art. 270 do texto do nosso codigo penal é a « *tirada* do lar domestico, para fim libidinoso, de qualquer mulher honesta, de maior ou menor idade, solteira, casada ou viuva, attrahindo-a por seducção ou emboscada, ou obrigando-a por violencia, não se verificando a satisfação dos gozos genesicos ».

Este conceito do codigo vigente é tão incompleto, como o era o do codigo anterior, arts. 226 e 227, quando se referia sómente á *tirada* da mulher.

A essencia do facto do crime de rapto está no apossar-se da pessoa de alguem levando-a ou retendo-a em lugar onde

---

[1] Crivellari e Suman, OBR. CIT., 7º vol., pag. 565, n. 42.

[2] Vide Stephen, A DIGEST CIT, pag. 207, cap. XXVIII ; Seymour Harris, PRINCIPLES, ETC. Part 2ª cap. II, pag. 126.

[3] Franz von Liszt, OBR. CIT., vol. 2º, pags. 107 e 117.

se ache á discrição de outra pessoa, e pelo seu objectivo commum, que é o desafogo da libidinagem ou obrigar ao matrimonio, se distingue do *sequestro* da pessoa, sem que entretanto possa deixar de ser considerado uma fórma deste.

Ora, essa posse da pessoa d'outrem póde ter lugar, quer como *subtracção* ou *tirada* da pessoa (*abductio de loco ad locum*), quer como *retenção* n'um lugar determinado.

Verifica-se exactamente aqui o mesmo que a respeito já se notou sobre o *sequestro* da pessoa, sem ser para fim libidinoso (tit. 3° cap. 1° n. 31).

Os nossos codigos esqueceram a *retenção*, de modo que, verificado o facto do rapto por esta fórma, elle deixará de ser punivel, salvo como estupro, adulterio, etc., si fôr o caso.

Os projectos de revisão suppriram isso, e o de 1899, art. 278.

Essa é a materialidade do delicto, que justamente consiste na tirada ou retenção.

O elemento substancial do delicto, por via de regra adoptado como meio de realisal-o, é o constrangimento, isto é a, violencia ou ameaça, ou o *engano per vim aut per insidias* O codigo, art. 270, emprega diffusamente as expressões — attrahindo-a por seducção ou emboscada, ou obrigando-a por violencia.

No codigo italiano, tratando-se de pessoa cuja idade é menor de 12 annos, a impossibilidade moral d'um consentimento verdadeiro fez com que o legislador alli considerasse o rapto como violento ou fraudulento, sem ser necessario o elemento da *violencia* ou do *engano*.

Em vista da disposição geral do nosso codigo no art. 272, essa modalidade póde ser incluida no art. 270 em relação ás menores de 16 annos.

Os projectos de revisão mencionaram expressamente essa sub especie, e o de 1899, art. 279, n. II.

O art. 270 do texto não faz distincção entre o rapto da mulher casada ou não, o contrario fizeram os projectos de revisão, o de 1899, art. 279, punindo o d'aquella com pena maior.

A razão desta tutela rigorosa das pessoas casadas, diz Carrara, reside na homenagem que o legislador presta ao poder marital, que fica atacado pelo crime ao mesmo tempo que a honra, integridade e liberdade da pessoa raptada.

Esta fórma de rapto juntamente ao de pessoas menores, era aquella que os antigos chamavam *raptus in parentes vel in tutores*.

Quanto ao que respeita ao rapto de pessoas menores, não occorre gastar palavras, diz o mesmo autor, para demonstrar a opportunidade e justiça d'uma sancção mais grave, porque se revelam a *priori* por si mesmas.

Entretanto o nosso codigo, arts. 270 e 272, applica a mesma pena, tendo os projectos seguido o codigo italiano, e o de 1899, art. 278 e 279 n. II.

Este outro elemento da menoridade, que caracterisa o rapto, haja violencia ou não haja, varia com a idade menor para fazer variar a pena e tem ainda outro aspecto, ou constitue uma sub-especie no art. 270 § 1º do texto, onde o nosso cod. prevê o facto do rapto de maior de 16 e menor de 21 que haja prestado o seu *consentimento*.

Este paragrapho está no mesmo artigo que se refere á attracção da seducção ou emboscada ; mas estas condições não caracterisam a especie, porque o § 1º não faz referencia alguma ao principio do artigo, ou á sua primeira parte, que aliás comprehende a mulher de qualquer idade e equipara a violencia á essas mesmas condições.

O cod. seguio, pois, neste § 1º do art. 270, a disposição parallela do cod. ital. art. 341, que exclue tambem, além da violencia e da ameaça, o *engano* ; e sobre a qual Pessina observa que este facto seria fuga antes que rapto, quer se manifeste sob a fórma apparente da *tirada* ou subtracção (unica prevista pelo nosso cod.), quer sob a de *retenção*, é punido, não obstante o consentimento da pessoa que se diz raptada, attendendo-se á inexperiencia da menor e á subtracção da pessoa á guarda, protectora della, que é inherente ao patrio poder e á tutela.

Carrara censura esta disposição, principalmente porque nota indistincção na menoridade.

Os projectos seguiram o cod, vigente, o de 1899, artigo 279 n. I.

No art. 270 § 2º do texto, o nosso cod. estabelece que « si ao rapto seguir-se o *defloramento* ou o *estupro*, o raptor incorrerá na pena correspondente a qualquer destes crimes, com *augmento da sexta parte* ».

Está claramente subentendido que não incorrerá nas penas do rapto ; e o cod. assim estatuiu, por parecer-lhe, ou que o caso poderia offerecer duvida, quanto á applicação do art. 66 §§ 1º ou 3º, ou quiz graduar especialmente a pena para evitar a aggravação, *ex-vi* daquelle § 1º ou talvez a attenuação possivel, conforme as circumstancias, proveniente da applicação do § 3º, que em these aggrava, mas na hypothese podia attenuar o crime.

A fonte da aggravante do § 2º do art. 270 do nosso cod. foi a legislação das republicas hespanholas.

Assim, o cod. do Uruguay, art. 292, diz que « quando o rapto fôr seguido de violação ou estupro, a pena será a mesma destes delictos, *augmentada de um grão* ».

A proposito, diz Rivarola « que a violação e o estupro são delictos eminentemente maiores em gravidade que o rapto. A lei (cod. arg. art. 137) dispõe que quando no rapto

houver a violação ou estupro se imporá a pena destes delictos, considerando-se o rapto circumstancia *aggravante* (n. 608).»

O nosso cod. penal omittiu a especie de rapto com *o fim de matrimonio,* deixando assim na lei a lacuna que existia no cod. anterior, arts. 226 a 228, e á vista das quaes Carlos Perdigão opinava muito juridicamente que não sendo o rapto para fim libidinoso, mas de casamento, não ha rapto. [1]

Essa interpretação que se ajusta ao cod. vigente era dada ao cod. port. de 1852. art. 395, confrontado por Silva Ferrão com o nosso anterior, uma de suas fontes.

O cod. port. vigente, art. 395, emprega a mesma dicção *fim deshonesto,* mais branda que o fim libidinoso. [2]

A mesma doutrina tem servido de interpretação ao cod. hespanhol, art. 461, ainda que este não empregue as expressões objectivo deshonesto, *miras deshonestas*, conforme a respectiva jurisprudencia e puna o rapto de menor de 23 annos por seducção. [3]

Os cods. da Argentina e do Uruguay não declinam o fim libidinoso, mas elle é subentendido pelos interpretes, entre elles Rivarola e Vasquez Acevedo ; mas respectivamente, os arts. 135 e 290 referem-se de modo expresso ao fim do casamento.

Este autor, repetindo parte das observações daquelle, consigna estas palavras :

« Na doutrina em geral e ainda na linguagem commum, se convém em que pelo rapto se deve entender a subtracção de uma mulher com o objectivo, *mira,* de satisfazer desejos sensuaes ou casar-se com ella...

« A excepção expressa se encontra com motivo do rapto, executado com a intenção de casar-se. [4]

Entre nós desde 1830 que não é punivel o rapto por motivo de casamento.

Os projectos de revisão é que previram a especie, o de 1899, art. 279, havendo, está subentendido, violencia, ameaça ou engano.

O projecto de 1893, art. 292, a exemplo do italiano, autorisava a substituir a prisão pela detenção, o que o projecto de 1897 não reproduziu por um lapso e os de 1896 e 1899 porque só consagram a prisão.

---

[1] Carlos Perdigão, OBR. CIT., 2º vol. art. 226 a 228, pags. 397 e 400, 6ª questão.

[2] Vide Silva Ferrão, OBR. CIT., vol. 7º, art. 395, pag. 237.

[3] Viada y Villaseca, OBR. CIT., 3º vol., pag. 145.

[4] Vasquez Acevedo, OBR. CIT., art. 288, not. pag. 248 ; Dr. Rivarola ; OBR. CIT., 2º vol., pag. 159, ns. 598 e 599.

E' facil a justificação dos projectos, porque o acto em si mesmo e sem figurar circumstancias concomitantes contém em sua essencia a violencia ou a fraude para forçar a um casamento contra vontade.

A attenuante justifica-se tambem pela menor gravidade do facto, desde que o fim não é a satisfação de desejos libidinosos, ella era, porém, facultativa, afim de que o juiz deixasse de applical-a quando o objectivo do matrimonio mesmo velasse a perfidia de especular com os haveres da victima ou qualquer esperança de lucro.

Uma observação geral deve ser feita sobre o art. 270 do texto e é que, por mais momentanea que seja a *retenção* ou, antes, porque o codigo não comprehende esta, effectuada que seja a abducção, a *tirada*, está consummado o crime e em qualquer momento ulterior que outros intervenham para manter e auxiliar o rapto, serão estes co-réos, co-autores ou cumplices, conforme as circumstancias. [1]

112. Passemos ao art. 271, do texto que contém uma attenuante; mencionando o seu paragrapho unico uma aggravante.

A *restitutio in integrum* da pessoa raptada, «si o raptor, sem ter attentado contra o pudor e a honestidade da raptada, (*voluntariamente*, o que esqueceu o nosso codigo) restituir-lhe a liberdade, reconduzindo-a á casa donde a tirou, ou collocando-a em logar seguro e á disposição da familia » importa uma grande diminuição de pena, ou antes a sua reducção a de seis mezes á um anno.

Todos os projectos, o de 1899, art. 279, n. III, conteem essa attenuante, mas formulada por differentes modalidades, que fazem variar a pena de dous mezes a um anno.

A fonte da disposição foi o cod. ital., art. 342, e por isso fundado no elemento historico da elaboração deste, com razão Lima Drummond opina que a locução empregada pelo nosso codigo e pelos projectos é exemplificativa e não taxativa.

Mas, conforme a opinião de Suman, tal attenuante é excluida no caso do cod. ital. art. 341, I *capoverso*, parallelo ao nosso codigo art. 270, § 1, desde que este prevê a hypothese do consentimento da pessoa raptada, em tal idade que exclue a violencia presumida, e que admitte a volta expontanea da menor, mas não a restituição á liberdade, por parte do raptor, porque em tal hypothese se suppõe que á pessoa raptada nunca tenha sido tirada a liberdade. A exclusão ainda de tal hypothese é além disto demonstrada pela medida da pena para os casos do art. 341, do cod. ital. fixada pelo art. 342 (do nosso, arts. 270 e 271), segundo o qual ou não haveria diminuição alguma, ou a pena seria au-

---

[1] Majno, Obr. cit. Part. II, pag. 176 n. 2228 art. 340

gmentada, portanto inutil ou prejudicial, a verificar-se uma circumstancia favoravel, si se quizesse applical-a tambem naquelle caso. [1]

A' hypothese, portanto, do nosso codigo, art. 270, § 1º, não é applicavel a attenuante prevista na primeira parte do art. 271.

Da mesma opinião é Costanzo Calogero, que aliás citando Mangano justifica bem a attenuante adoptada pelo nosso codigo art. 271 do texto que estamos explicando e sobre cuja disposição parallela do italiano, como sua fonte, diz Carrara, que o rapto como facto que por sua natureza constitue um crime *formal*, se manifesta independentemente do effeito e do escopo attingidos pelo culpado. Igualmente não perde a sua natureza juridica ainda na hypothese que o raptor tenha voluntariamente restituido á liberdade a pessoa raptada sem fazer-lhe nenhuma offensa.

Certamente que na espectativa destes resultados benignos do crime e ainda para favorecer outras resoluções favoraveis do raptor, o legislador tem diminuido muito a pena. [2]

Vamos tratar da ultima disposição deste capitulo, que é o paragrapho unico do art. 271 do texto do nosso codigo penal. E' uma disposição *sui generis* porque ella não foi tomada nas fontes principaes do legislador de 1890, isto é, nem no codigo italiano, francez e congeneres, nem no nosso codigo de 1830, onde não existe.

A disposição figurava no codigo da Baviera, art. 200, e no codigo portuguez de 1852, arts. 332, 344 e 397, sobre o carcere privado, occultação de menor e rapto, reproduzido no vigente, nos mesmos artigos, tendo tido ambos como fonte o codigo hespanhol.

Levy Jordão justifica a disposição; Silva Ferrão, porém, com razão a censura. [3]

A fonte proxima de tal disposição deve ter sido, com modificação na pena aqui, o codigo argentino, art. 138, conforme o qual « o raptor que não entregar a pessoa raptada *(robada)*, ou não der razão satisfactoria do seu paradeiro será punido como *homicida* ».

A fonte do codigo argentino foram os codigos hespanhóes, vigente, art. 452, e anterior, art. 370, que sem fallarem de *homicidio*, como o argentino, impõem a pena de *cadeia perpetua*.

---

[1] Crivellari e Suman, OBR. CIT., vol. 7º, art. 342, n. 62, pag. 585.

[2] Costanzo Calogero, *apud* Cogliolo, OBRA CIT., vol. 2º, part. I A, pag. 1160; Carrara, COMMENTO CIT., art. 342, pag. 207.

[3] Levy Jordão, OBR. CIT., vol. 3º, pag. 263, art. 332; Silva Ferrão, OBR. CIT., vol. 6º, pag. 285, art. 332, pag. 325, art. 344, vol. 7º, pag. 247, art. 397.

E aos mais notaveis e autorisados interpretes de taes leis é que devemos recorrer para justificar ou censurar a nossa, que as imitou, assim como interpretal-a melhor para o fim de saber si ella deve ser applicada ou não, apezar da maxima — *dura lex, sed lex.*

Pacheco, commentando a citada disposição do codigo hespanhol anterior, principia perguntando si o art. 370 falla sómente dos réos de rapto no sentido deste capitulo, ou falla dos réos de qualquer sequestro de pessoa, no sentido de attentado contra a liberdade, ainda que não seja com proposito carnal? Ha aqui uma duvida, diz elle, que bem póde occorrer a qualquer, e que de facto occorreu a Alvarez e Vizmanos que o precederam numa obra semelhante á que elle estava escrevendo.

Depois observa, si se attende á epigraphe do capitulo; si se attende tambem a que a palavra *rapto* não tem no codigo outra applicação ou diversa intelligencia, este artigo é simplesmente um complemento dos anteriores: *pessoa* não quer dizer outra cousa que mulher; sua esphera está reduzida a esses propositos matrimoniaes ou deshonestos, que é para que os raptos se deliberam e se executam.

Mas, si se attende, pelo contrario, a que essa propria palavra póde ter outra significação vulgar; a que nesta tambem deve constituir um delicto; e que nesse delicto se póde verificar esta propria circumstancia de perder-se e não apparecer a pessoa *sequestrada (robada)* a que era natural que a lei dissesse qualquer cousa para este caso e a que o preceito deste artigo se applicaria com identidade de razão na hypothese que vamos suppondo e para a qual não se encontra nenhum outro, facil será deduzir que não é uma pretenção desarrazoada a de que estamos fazendo obrigação, e que não se póde repellir com desdem os que têm dado esta interpretação tão extensa e tão geral ao preceito que estamos examinando neste instante.

Como quer que seja, quando se verifica um rapto daquelles de que fallamos neste titulo, e em consequencia delle, ou posteriormente a elle, e sem que se possa dar explicação satisfactoria do seu paradeiro, se perde ou desapparece a mulher raptada, não entra em duvida o que deve fazer-se respectivamente ao raptor.

A lei olha-o muito justamente como responsavel dum delicto *presumido,* o qual sendo, conforme todas as probabilidades a morte daquella victima, não póde deixar de ser castigado com a severidade que encontramos neste preceito.

Temos aqui uma presumpção *juris,* cujos effeitos são tão poderosos.

Si contra ella se provasse alguma cousa, então já estará dada essa satisfactoria explicação de que se falla e com a

qual termina ou se extingue a pena de que estamos fallando. [1]

A seu turno, Viada y Vilaseca, acompanhando a Pacheco na justificação do art. 462 do vigente codigo hespanhol, diz que o raptor que não dá razão do paradeiro da mulher raptada ou explicação satisfactoria sobre sua morte ou desapparição, *dá a suspeitar* que a esse crime de rapto tem juntado outro traiçoeiro e infame, o assassinato da mulher, objecto de sua torpe e criminosa cubiça,

Esta mesma presumpção é a que vem estabelecer o artigo, impondo ao raptor a pena de *galé perpetua*, que constitue o gráo medio do assassinato commum.

Cremos inutil advertir que si em contrario á essa presumpção *juris tantum*, bastante para condemnar o culpado, apresentasse este uma justificação sufficiente a acreditar-se que a morte ou desapparecimento da pessoa raptada foi devida á outra causa, alheia a todo delicto de sua parte, já não seria applicavel a disposição deste artigo, incorrendo, porém, o culpado na respectiva responsabilidade do delicto de rapto commettido na conformidade de qualquer dos artigos anteriores.

E conforme o nosso codigo penal em qualquer das hypotheses do art. 270 do texto e quando o caso porventura occorresse, ainda em qualquer dos arts. 272, ou 273 que áquelle se referem.

Vemos assim a defesa que fazem Pacheco e Viada á disposição parallela á do nosso codigo art. 271, Paragrapho unico. Mais adiante teremos de confrontal-as com a de Rivarola.

Depois Viada y Vilaseca suscita mais precisamente do que Pacheco, como vimos, a questão de saber si a disposição do art. 462 é applicavel aos réos de qualquer sequestro *(robo)* de pessoa, ainda que não seja mulher, e que, portanto, não se haja executado com escopo deshonesto?

E responde que Pacheco se inclina a crêr que o preceito do artigo é tambem applicavel, por identidade de razão, ao caso que ventilamos, fundando-se para isso em que não existe no codigo outra disposição ao mesmo referente.

Por muito apreço que nos mereça, diz Viada, tão distincto jurisconsulto e commentador, não podemos conformar-nos com a sua opinião sobre esta especie.

O art. 462 se refere aos *réos de delicto de rapto*, de que se tem fallado nos dous artigos anteriores, segundo os quaes temos visto que não ha rapto sinão de mulher e executado com *objectivo deshonesto*, que sem estas duas cir-

---

[1] Pacheco, OBRA CIT., vol. 3º, pag. 150, art. 370.

cumstancias essenciaes não póde haver delicto de rapto em nenhum dos casos previstos nos citados artigos.

E si no de que nos occupamos o legislador castiga com a unica e severissima pena de galé perpetua, é sem duvida alguma porque para a imposição desta tem levado em conta não só o facto da morte provavel da mulher raptada, que constitue a dita presumpção, como tambem o delicto *contra a honestidade* de que é aquelle outro facto consequencial.

Ficará por isso isento de pena outro sequestro que se faça de qualquer pessoa que não seja *mulher*, não executado com propositos carnaes, quando não appareça a pessoa sequestrada ?

Indubitavelmente não; si do processo instruido para averiguação do facto resultam dados e indicios para crer que o autor do sequestro tem dado a morte á pessoa sequestrada, se lhe imporá a pena do homicidio ou do assassinato, conforme o caso.

E si só resultasse o facto do desapparecimento da pessoa sequestrada, em sua completa nudez, sem outro dado antecedente, nem indicio, não poderia applicar-se ao caso, sem uma interpretação extensiva que repugna ás leis penaes, essa presumpção que estabelece o artigo, e menos a pena que nelle se estabelece, para cuja imposição, como temos dito, tem levado em conta o legislador não só o attentado contra a liberdade, como tambem o attentado contra a honestidade da mulher raptada, cujo elemento ultimo não concorre, nem póde concorrer no facto de que tratamos. Este acha-se indubitavelmente comprehendido no § 1º do art. 503 (415 do codigo de 1850), que sem duvida Pacheco não teve presente emittindo sua opinião, o qual castiga com galé temporaria, em seu grão maximo á galé perpetua, ao que detém illegalmente a qualquer pessoa, e *não dá razão de seu paradeiro ou não prova havel-a deixado em liberdade*. Esta, pois, e não a do art. 462 será a pena applicavel ao caso de que se trata. [1]

Nós temos disposição semelhante sobre o sequestro de pessoa nessa hypothese, embora punida com pena menor e igual á do paragrapho unico do art. 271, no art. 183.

113. Vejamos agora a opinião de Rivarola, fonte proxima do art. 271, paragrapho unico, do nosso codigo.

Diz este autor que o art. 138 do codigo argentino dispõe que o raptor que não entregue a pessoa raptada ou não dê razão satisfactoria do seu paradeiro, seja castigado como homicida.

Neste artigo, tomado textualmente ao projecto Tejedor, se crêa uma presumpção *juris* da *maior gravidade* e trans-

---

[1] Viada y Vilaseca, OBRA CIT., vol. 3º, art. 462, pag. 149.

cendencia, muito especialmente si os processos não permittirem o uso da revisão.

E' muito provavel que o rapto seja executado no interesse de terceiro e mediante remuneração, sem que o autor material do facto saiba do destino que terá a pessoa raptada nas mãos do mandante do delicto.

Mas ainda que assim não seja, condemnar um homem como homicida, *sem que esteja provada* a morte da victima, me parece uma cousa tão caprichosa, dados os progressos da sciencia penal, que quasi se poderia chamal-a uma monstruosidade.

Castigue-se o caso com uma pena grave, tão grave como a do homicidio, si se quizer, mas sujeita á condição de reduzir-se á uma medida determinada si apparecer a pessoa raptada.

A fórma, que é má, dada á disposição do nosso cod. consiste em haver traduzido como texto legal estas palavras do commentario de Pacheco: « si se perdesse ou desapparecesse a mulher raptada, não ha duvida alguma no que se deve fazer a respeito do raptor. A lei olha-o muito justamente como responsavel desse delicto presumido, o qual, *sendo segundo todas as probabilidades, a morte daquella victima*, não póde deixar de ser castigado, etc. »

Mas esta consideração não basta para punir-se um homicidio *presumido.*

Uma questão que discute o mesmo Pacheco, accrescenta Rivarola, sobre a applicação desta disposição é, si ella se refere sómente a réos de *rapto*, no sentido que no capitulo se dá á palavra, ou se refere aos réos de qualquer *sequestro* de pessoa no sentido de attentado contra a liberdade. ainda que não seja com propositos carnaes e se inclina á esta ultima solução que tem sido justamente contestada por Viada y Vilaseca [1]. Basta em minha opinião ter presente que se trata de *delictos contra a honestidade* para pensar que de maneira alguma póde estender-se a disposição deste art. 138 ao caso que suppõe Pacheco [2].

Subscrevemos em geral a opinião de Rivarola e de accordo com o autor que cita contra Pacheco, em que tambem o art. 271 paragrapho unico do nosso cod. só se applica ao *rapto*, e não ao sequestro com fim de lucro do art. 362 ou outra qualquer fórma que se cogite, mas de objectivo differente.

O art. 1º do cod. se opporia á esta extensão.

---

[1] Viada y Vilaseca, OBR. CIT. vol. 3º art. 462, pag. 149. — Este autor igualmente combate e bem a opinião de Pacheco; embora justifique como este o cod. hesp. na adopção da famosa presumpção *juris tantum*, como vimos.

[2] Dr. Rivarola, OBR. CIT. vol. 2º pag. 163 ns. 609 e 610.

Mas, como vimos, o nosso cod. pen. art. 183, contém disposição semelhante relativa ao *sequestro* como crime contra a liberdade pessoal.

Admira, porém, que no art. 362 punindo o *sequestro* com fim de lucro e punindo-o com a pena de 2 a 8 annos de prisão, não estendesse a *presumpção* a este crime mais odioso talvez, com certeza mais ignobil que o de rapto, e ainda mais que o do art. 183, por vingança ou outro motivo.

E fallamos de presumpção, porque a pena maxima do art. 271 paragrapho unico é quasi a do gráo médio do homicidio simples, art. 294 § 2º, igual ao maximo da especie do § 1º e superior á do § 2º do art. 295.

Parece-nos que não obstante a lettra da lei, tal disposição do nosso cod. pen. é inapplicavel não obstante a maxima a que antes alludimos : *dura lex sed lex*.

Não só a disposição não deveria ser cumprida por sua antinomia evidente com outras até posteriores, como tambem porque praticamente encontra ella obstaculo invencivel no seu cumprimento.

O nosso cod. pen. não falla de homicidio presumido, mas presumpção tacita ha na disposição e ella está por isso manifestamente em opposição com a do art. 67 que declara —*nenhuma* presumpção *por mais vehemente* que seja dará logar á imposição de pena.

E' aliás um principio encarnado no nosso direito, que mesmo para pronuncia é mister a certeza da existencia do delicto, embora em relação ao sujeito do delicto bastem os indicios — Cod, do Proc. Crim. arts. 144 e 145 ; Decr. n. 848, art. 63.

Este Decr. é da mesma data do cod. pen. mas ainda a sua numeração é posterior, sendo de notar que elle revigora em phrase energica o preceito do cod. do proc. crim.

Mas a *Consolidação* das leis referentes á Justiça Federal elaborada com autorisação da lei n. 221 de 20 de novembro de 1894 e approvada pelo Decr. n. 3084 — de 5 de novembro de 1898, declara expressamente:

« Art. 171. Bastam indicios vehementes para a pronuncia do indiciado ; *nenhuma* presumpção, *porém,* por *mais* vehemente que seja, dará logar á *imposição* da pena. » (Cod. do Proc., art. 145 ; Cod. Penal., art. 67 ; D. n. 848, art. 63.)

« Art. 185. Quando o juiz *não* obtenha *pleno conhecimento do delicto* ou indicios vehementes de quem seja o delinquente, declarará por seu despacho nos autos que *não* julga *procedente* a queixa ou denuncia.» (Cod. do Proc., art. 145 ; R. n. 120, art. 286 ; D. n. 848, art. 64).

Attentos todos esses motivos contrarios á doutrina que combatemos dos autores citados e ao mesmo tempo ao nosso direito, é que os nossos projectos de 1893 e 1897 não reprodu-

ziram tal disposição do codigo vigente, que tambem não figura no de 1899.

A mesma nota póde-se applicar á presumpção contida no art. 183, que prevê o sequestro como fórma de crime contrario á liberdade pessoal.

Tambem nenhum projecto de revisão reproduziu essa outra presumpção.

Ha poucos arestos colleccionados da nossa jurisprudencia sobre a materia deste capitulo:

« O rapto não suppõe sempre o defloramento. O crime de rapto por violencia não se presume, e deve ser provado com o exame da paciente, exame que só póde ser effectuado com consentimento della. O cumplice de rapto não está sujeito a penas differentes das impostas pelos arts. 226 e 227 do Codigo Criminal, em referencia ao artigo 35.» (Cod. Pen., arts. 64, 270 e 271.) Sentença de 2 de abril de 1878.

« Não é punivel o rapto da mulher maior de 17 annos, commettido sem violencia, antes de se achar em execução o Codigo Penal vigente. » Acc. da Relação do *Recife* de 3 de novembro de 1891.

« Rapto da victima de defloramento por outro que não o deflorador e casamento posterior deste com a raptada. » Acc. da Relação de *Petropolis* de 19 de março de 1895.

« Crime de rapto por seducção. Desde que não se tem obtido pleno conhecimento dos elementos constitutivos do crime, é julgada improcedente a queixa. Intelligencia do art. 270 do Codigo Penal ». Acc. do Superior Tribunal de Justiça do *Natal* de 11 de agosto de 1897.

« Rapto e defloramento, arts. 267 e 270. Elementos do crime de rapto e defloramento.

O crime de rapto é a *tirada* do lar domestico de mulher honesta com a intenção de satisfazer desejos sensuaes. » Sentença do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal de 23 de dezembro de 1895. [1]

CAPITULO III

DISPOSIÇÕES COMMUNS AOS CAPITULOS ANTECEDENTES

CODIGO

Art. 272. Presume-se commettido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capitulo precedente, sempre que a pessoa offendida for menor de 16 annos.

---

[1] O DIREITO, vol. 44, pag. 57; vol. 57, pag. 108; vol. 70, pag. 282, e vol. 74, pag. 415; Dr. Viveiros de Castro, SENTENÇAS E DECISÕES, cits, pags. 39 e 267.

Art. 273. As penas estabelecidas para qualquer destes crimes serão applicadas com augmento da sexta parte:

1º, si o criminoso for ministro de qualquer confissão religiosa ;
2º, si for casado ;
3º, si for criado, ou domestico da offendida, ou de pessoa de sua familia.
E com augmento da quarta parte :

4º, si for ascendente, irmão ou cunhado da pessoa offendida ;
5º, si for tutor, curador, encarregado da sua educação ou guarda, ou por qualquer outro titulo tiver autoridade sobre ella.
Paragrapho unico. Alem da pena, e da interdicção em que incorrerá tambem, o ascendente perderá todos os direitos que a lei lhe confere sobre a pessoa e bens da offendida.
Art. 274. Nestes crimes haverá logar o procedimento official da justiça sómente nos seguintes casos :

1º, si a offendida for miseravel, ou asylada de algum estabelecimento de caridade ;
2º, si da violencia carnal resultar morte, perigo de vida ou alteração grave da saude da offendida ;
3º, si o crime for perpetrado com abuso do patrio poder, ou da autoridade de tutor, curador ou preceptor.
Art. 275. O direito de queixa privada prescreve, findos seis mezes, contados do dia em que o crime for commettido.
Art. 276. Nos casos de defloramento, como nos de estupro de mulher honesta, a sentença que condemnar o criminoso o obrigará a dotar a offendida.
Paragrapho unico. Não haverá logar imposição de pena si seguir-se o casamento a aprazimento do representante legal da offendida, ou do juiz dos orphãos, nos casos em que lhe compete dar ou supprir o consentimento, ou a aprazimento da offendida, si for maior.

COMMENTARIO

114. O nosso Codigo Penal collocou no capitulo do rapto as disposições do texto com que organisamos este capitulo especial, porque ellas se referem tambem ao capitulo anterior que trata da violencia carnal.

Apezar de tudo, rigorosamente não podemos collocar aqui tambem as disposições do paragrapho unico do art. 277 sobre o lenocinio e transportar tudo para diante depois que tratassemos desta ultima fórma dos crimes que estamos examinando, conforme melhor fizeram os projectos de revisão.

Assim, justificando o de 1893, dissemos :

« As disposições communs aos capitulos anteriores regulam a penalidade nos casos de morte ou de lesões pessoaes occorridas como resultantes dos factos previstos no titulo ; consignam certos effeitos civis como adjectos ás penas impostas nos capitulos anteriores ; incluem a attenuante de ser a offendida uma meretriz publica ; e, finalmente, con-

templam a isenção da pena pelo facto do casamento, mas com a restricção a que já nos referimos. »[1]

Realmente trata-se aqui de disposições que a lei estabelece formulando circumstancias aggravantes e attenuantes especiaes para os crimes contrarios ao pudor particular ou publico.

Isto posto, como razão de ordem, passamos a tratar da materia do capitulo.

Antes, porém, de fazel-o seja-nos licito dizer ainda alguma cousa sobre o § 1º do art. 268, que aqui devia ser collocado, mas não foi, não só para não mutilar a disposição do codigo. desmembrando o citado § 1º do respectivo art. 268, como principalmente porque o codigo penal só refere a attenuante da qualidade de meretriz publica aos crimes do capitulo I e não aos do capitulo II.

Este ponto de vista do codigo penal é atrasado e hoje contrario, quer á doutrina classica, quer á positivista.

E nem se explica que tendo aqui tambem como fonte o codigo italiano o abandonasse.

Nota-se, porém, accentuadamente que o codigo nos artigos sobre o rapto excluiu a meretriz e é nisto que se salienta a lacuna.

Pio Viazzi na notavel monographia que já mencionámos, citando copiosa bibliographia, expõe a doutrina acceitavel.

Graças á autoridade de Decio, que na lei romana professa a regra *meretrices nulli sui copiam denegare possunt*, prevaleceu entre os antigos a doutrina da impunidade do *rapto* de meretrizes publicas, quasi reputando-as *funccionarios* publicos, a que fosse interdicto recusar o seu officio a quem o reclamasse, equiparando-as a um albergue e assim fazendo-se materialmente o ignobil confronto, no asseverar que tanto o albergue como a meretriz podem ser forçados a dar a hospedagem um e a receber a outra o macho. E sustentou-se até tambem a impunidade, no caso que se tratasse de meretriz que tivesse voltado á vida honesta.

Carmignani opina que, sendo a pessoa raptada uma meretriz, se commetteria, sim, uma violencia, mas não propriamente um rapto; mas acrescenta com a autoridade de Bohemero, não se poder considerar como meretriz aquella que depois de ter abandonado o vicio, delle depois se tivesse arrependido.

Precisa, porém, advertir que, quando em especie fosse acompanhado de aggravantes particulares, como violencia publica, era punido tambem com a morte, entretanto não faltou quem, inspirando-se no odio contra o *peccado*, repudiasse impiedosamente qualquer distincção.

---

[1] Exposição de motivos do projecto de 1893, pag. 17.

Não era, portanto, geral o criterio da impunidade.

D'um excesso, porém, passou-se a outro, e Carrara, por exemplo, e com elle muitos outros, sustentaram que devendo referir-se o rapto aos delictos contra a liberdade pessoal, disto deriva como consequencia necessaria que no delicto de rapto a qualidade de meretriz na raptada não póde assumir importancia que diminua a quantidade natural do maleficio. [1]

«Ora é bem verdade, conclue Viazzi, que por mais abjecta e infame que seja a condição de uma mulher, ella conserva pleno e inteiro o seu direito á liberdade individual; mas, como nota justamente Tuozzi e como nós já temos antes dito, não se desconhece no rapto todo e qualquer effeito em damno da honestidade da mulher, da moral publica e da familia, ainda quando nenhum acto libidinoso fosse consummado na occasião de um rapto de mulher: tal effeito inevitavelmente se apresenta, menos quando a mulher é meretriz.

E por isto está bem no codigo a attenuante de tal qualidade, que se adapta tambem, como tambem opina Carrara, aos criterios da menor *temibilidade* do réo, isto é, do menor *damno mediato* (segundo os pontos de vista), podendo calcular-se que o raptor de uma meretriz não teria ousado fazer outro tanto *vis-à-vis* de uma mulher honesta. [2]

O nosso Codigo Penal, não referindo nunca o rapto á meretriz, como fizeram os projectos de revisão, de 1899, art. 284, tornou impune o facto e talvez de modo absoluto, porque, tratando-se de fim libidinoso e não estando previsto o caso neste titulo, entrará em duvida si poderá ser classificado no titulo dos crimes contra a liberdade pessoal praticados por outros moveis ou com outros escopos que não os do presente titulo.

A lacuna sciente e consciente não se justifica ante a doutrina, como acabamos de vêr, e é simplesmente immoral.

A solução do caso pelo Codigo é esta sobre a meretriz: Si uma meretriz fôr raptada, o autor do facto não commette crime algum. Si entretanto seguir-se o estupro, elle incorrerá no art. 268 com a attenuante do § 1º do mesmo artigo.

E' escusado dizer que não tem lugar a aggravante do § 2º do art. 270, porque esta disposição só se refere á mulher honesta raptada nas condições do mesmo art. 270 e § 1º, não estando a meretriz comprehendida, como vimos, em nenhuma das modalidades do rapto.

---

[1] Carrara, PROGRAMMA, Part. Spec. §§ 1526 a 1528 e 1697.

[2] Pio Viazzi; IL RATTO extrahido da *Enciclopedia juridica italiana*, Milano 1897, pag. 90-94 e notas com os autores ahi citados.

115. Tratemos agora das disposições dos artigos do texto do Codigo Penal neste capitulo entre as quaes figuram algumas que elle repete no seguinte, pela má divisão que fez da materia.

O Codigo no art. 272 estabelece que presume-se commettido com violencia qualquer dos crimes especificados nos dous capitulos anteriores, sempre que a pessoa offendida fôr menor de 16 annos.

Os projectos variam, tendo os de 1893 e 1897 se acostado mais ao italiano e os de 1896 e 1899, arts. 272 e 279 fixado a menor idade para a conjuncção carnal em 15 annos e para o rapto em 12.

Trata-se aqui de uma presumpção *juris et de jure* e que, verificada, induz a considerar como violentos os crimes contra o pudor.

Isto quer dizer que o constrangimento, em regra geral, devendo ser provado,si se realizou por violencias ou ameaças, ao contrario, no caso de que se trata, não é mister tal prova, e sómente da idade, porque a lei equipara ás violencias e á ameaça o estado ou condição da pessoa que importa a impossibilidade de um consentimento livre e verdadeiro, na pessoa menor sujeita ó conjuncção.

Aliás, nós já nos referimos ao assumpto nos capitulos anteriores onde o Codigo devia ter coordenado tal aggravante e não collocal-a aqui; sendo de notar que em relação ás disposições communs, elle collocou algumas alli, trocando as bolas, como se diz vulgarmente e lhe succede muitas vezes.

Passemos ás disposições propriamente communs previstas nos artigos do texto.

Além de outras especiaes, ellas são aggravantes, attenuantes ou mesmo dirimentes.

Já nos referimos á attenuante, e para o Codigo dirimente e attenuante; restam as outras.

As circumstancias aggravantes, conforme a doutrina e as legislações, são de duas classes: a 1ª, relativa ao poder de que abusa o culpado e que acarreta comsigo a consequencia juridica da perda delle; a 2ª, a que se deduz das consequencias graves dos delictos contra o pudor.

Todos os projectos de revisão e o de 1899, arts. 282 e 283, comprehendem ambas as classes.

Mas o Codigo omitte a segunda classe, embora tenha alludido aos factos que a constituem para regular no art. 274 a acção publica e não para consideral-a como tal, isto é, como aggravantes os mesmos factos.

Isto não foi feito conscientemente, mas um dos innumeros cochilos que deu elle adormentado.

Temos, portanto, no Codigo, sòmente as aggravantes da primeira classe contempladas no art. 273 do texto e conforme

o qual as penas estabelecidas para qualquer dos crimes de que até aqui temos tratado neste titulo, são applicadas com augmento da *sexta parte* ou da *quarta*, si o crime fôr commettido pelas pessoas que a disposição do citado art. 273 enumera; occorrendo ainda, que, além da interdicção em que incorrerão tambem, o ascendente (pai ou avós) perderá todos os direitos sobre a *pessoa e bens* da offendida, conforme estabelece o paragrapho unico do mesmo art. 273.

O Codigo neste paragrapho unico restringe as incapacidades e perdas de direitos aos ascendentes; os projectos estendem-nas aos tutores.

Sendo essas consequencias civis do crime effeitos do crime *ex vi legis*, ainda quando a sentença não as mencione, nellas incorrem os condemnados.

Sobre a razão justificativa de taes disposições, quasi intuitiva, ellas já figuravam no direito romano até em relação ás escravas offendidas, quando se tratava do lenocinio:

Lenones patres et dominos, qui suis vel ancillis peccandi necessitatem imponunt; nec jure frui dominii nec tanti criminis patimur libertate gaudere.

E a razão que suggere ao legislador taes perdas de direitos, diz Crivellari, muito bem se comprehende. Quem se torna culpado de crimes deste genero não póde mais gozar da confiança ou da fé publica e se tem tornado indigno de um officio delicado como é o de vigiar a educação de menores. [1].

Aliás, a disposição figura no Codigo italiano, art. 349, hungaro, art. 235; allemão, §§ 173 e 174; hollandez, art. 249; belga, arts. 378 e 382 e outros.

Apreciando a citada monographia de Viveiros de Castro neste ponto, dissemos:

« Nos capitulos que seguem vem o complemento da materia antecedente e outros assumptos mais da esphera do direito substantivo que do adjectivo e finalmente o ultimo pertinente ao direito civil.

Assim, o capitulo IV se occupa das aggravantes especiaes em taes crimes, estabelecendo vistas geraes sobre a materia, ao mesmo tempo que se refere ás disposições do codigo vigente, resolvendo duvidas que ellas suscitam.

D'entre estas destacamos a que nega a aggravante derivada da qualidade de ministro de qualquer confissão religiosa, porque hoje pela lei civil póde elle casar-se.

Quanto ao incesto, é certo que alguns autores propugnam pela sua punição, como delicto *sui generis*; mas elle figura

---

[1] Crivellari, Obr. cit., vol. 7º, pag. 616, art. 349, n. 101.

no codigo como aggravante das especies e nos casos taxativamente enumerados que pelo defeituoso systema casuistico inclue casos que deviam ser excluidos, ou ao menos não equiparados a outros e não abrange todos que uma expressão geral teria abrangido.»

Basta-nos accrescentar que o Codigo, no art. 273, n. 1, deveria ter restringido a aggravante ao criminoso que fosse ministro de qualquer confissão religiosa que lhe impuzesse o celibato ou esta fosse um voto de obediencia ou o de não recasar-se, etc.

Rigorosamente ella não deveria figurar na lei como circumstancia especial, mas comprehender-se em outras com fórma mais geral, como fizeram os projectos.

Hoje os ministros de qualquer religião se podem casar, é verdade, mas os da igreja catholica raramente affrontarão as penas canonicas, a degradação, a excommunhão, etc.

Da materia do art. 274 deviamos tratar, para evitar repetições, quando commentassemos o art. 407, que faz referencia áquelle.

Entretanto convém deixar o artigo já explicado adiantando idéas, repetindo antes de tudo o que algures dissemos, em relação á citada obra do nosso autor :

« Trata-se aqui da acção publica e da acção privada em taes crimes.

Embora o modo, a fórma de exercer a acção seja da alçada do direito processual ou judiciario, o determinar si ella deve ser official ou particular é da esphera do puro direito substantivo.

E com relação aos crimes de que se trata, o autor discute longamente a questão de saber si nelles deve caber a acção publica ou sómente a privada e resolve preferindo o uso daquella ao desta.

Dissentimos desta solução.

O processo para punir taes factos deve depender geralmente, como os de injuria e diffamação, da acção particular do offendido, salvo casos especiaes de publicidade ou escandalo ou o concurso de crimes, como a morte ou as lesões pessoaes qualificadas ou graves, o caso de abuso de autoridade, etc.

Os inconvenientes que o autor aponta nesta doutrina não são excluidos da que adopta, sendo certo que os mais serios podem ser obviados por disposições adequadas que figuram nos codigos relativas á prescripção de curto prazo, á prohibição de renuncia da queixa e do perdão em certo estado do processo e outras providencias attinentes a embaraçar as *chantages*.»

Os factos a que se refere o art. 274 para regular a acção penal, como vimos, não constituem aggravantes, como

nos codigos italiano, art. 351, belga, art. 376 e outros imitados pelos projectos de revisão.

Commentando este ultimo codigo sobre a sua disposições diz Nypels, que ella é um novo exemplo da doutrina da lei sobre o dolo eventual. [1]

116. Passemos ao art. 275 do texto.

Este artigo, assim como o anterior, que deviam formar uma só disposição, são parallelos aos arts. 336 e 344 do Codigo Italiano.

Justificando-os diz, entre seus interpretes Costanzo Calogero, que nestes crimes o legislador tem sabiamente crido que muitas vezes o damno social do escandalo resultante da accusação seria muito maior do que aquelle que emana do facto, ficando pouco conhecido, quando o offendido não se lamenta, que á dubia offensa da moralidade publica é sancção sufficiente a certeza da punição, si a parte lesada o reclama ; que o julgamento se refere sempre a delicados segredos domesticos e a factos que legitimamente interessam á pessoa offendida conservar velados e tem estabelecido por isso que, salvo casos excepcionaes, nos quaes a moralidade publica realmente offendida exige uma reparação exemplar, na maior parte dos casos para proceder contra os culpados é necessaria a querela da pessoa prejudicada.

Basta que a lei punitiva attinja todos aquelles factos criminosos que além de terem lesado o direito individual, teem tambem perturbado a tranquillidade social, como nas excepções dos ns. 1 a 3 do art. 274, quando não fosse por outra causa, pelo temor da repetição do delicto; mas, diz Carrara, si o procedimento contra um delicto póde causar prejuizos e desordens talvez mais graves, mais permanentes e mais sensiveis que não sejam aquelles resultantes do delicto mesmo, a razão publica quer que a intervenção do ministerio penal se subordine a certas condições, e precisamente á condição do offendido. [2]

O legislador, porém, considerando a indole especial destes crimes no art. 336 (nosso codigo art. 274), além de derogar a regra geral (nosso codigo art. 407) do procedimento official da justiça, estabelece uma norma especial (art. 275 do texto) a respeito da prescripção da acção penal ; diversamente de quanto dispõe no art. 91 (nosso codigo arts. 78 e 85), não admitte mais a querela, decorrido um anno (seis mezes pelo art. 275 do texto) *em que o facto for commettido* (diz sómente o nosso art. 275) ou delle teve noticia quem

---

[1] Nypels & Servais, LE CODE PÉNAL BELGE INTERPRETÉ, Bruxelles, 1896-99. 2º vol.. arts. 376 a 378 e 382, pag. 497.

[2] Carrara, PROGRAMMA, Part, Spec., § 1557, 2º vol., pag. 40).

teria tido direito de querelar em lugar da pessoa offendida. [1]

Depois de um anno de voluntario silencio, quando os vestigios do crime teem desapparecido e se tem até perdido a memoria do facto torpe, a querela não poderia ser intentada para reivindicação da honra da familia, mas seria instrumento de vingança tardia ou de vergonhosas extorsões. [2]

Sobre a materia da prescripção e interpretando o art. 371 do Codigo Penal Belga, Nypels nota que o relator da commissão da camara examinou a questão quanto ao rapto; elle partilhou a opinião dos commentadores, que consideram o rapto como um delicto *successivo* e concluem dahi que a prescripção não corre tanto que a pessoa raptada permaneça nas mãos do raptor. A jurisprudencia se tem pronunciado neste sentido.

Notemos, além disto, accrescenta elle, que o rapto por seducção, seguido de casamento, não é punivel sinão no caso em que o casamento seja annullado.

E' pois no momento em que a nullidade do casamento tem sido definitivamente decretada que nasce o direito ao procedimento e em todo caso não é sinão neste momento que a prescripção póde começar seu curso. [3]

Não é o Codigo Penal vigente que estabelece principios sobre os quaes se possa resolver essas e outras questões.

Tratamos da materia noutro livro sobre a parte *geral* do codigo. [4]

117. Finalmente, no art. 276 do texto o nosso Codigo Penal estabelece que «nos casos de defloramento, como nos de estupros de mulher honesta, a sentença que condemnar o criminoso o obrigará a dotar a offendida.

O nosso codigo, entretanto, sem razão alguma, exclue o *raptor* da obrigação de dotar a offendida; o que só faz o direito portuguez.

O Codigo Criminal anterior, fonte proxima do actual estendia a mesma obrigação ao rapto.

A fonte do codigo anterior foi o antigo direito portuguez, isto é, a Orden. do Liv. 5º tit. 23 e Alvará de 6 de outubro de 1784 § 9º. Disposição semelhante figurava no codigo Leopoldo da Toscana, art. 98.

---

[1] O art. 275 do texto omittiu as ultimas palavras e pois pela nossa lei a prescripção começa a correr sem distincção possivel da época do facto Os projectos de 1893 e 1897 acostaram-se ao cod. italiano, mas os de 1896 e 1899; art. 411 n. III, não contém prescripção especial e nas excepções em que permitte a acção publica não se refere ao concurso da morte ou de lesões pessoaes graves.

[2] Costanzo Calogero, *apud* Cogliolo, OBRA CIT., 2º vol., Part. 1ª A, pag. 1271.

[3] Nypels & Servais, OBRA CIT., 2º vol. art. 371, pag. 478, n. 5.

[4] COD. PENAL COMMENTADO CIT., 2º vol., cap. XXXVII, pag. 371, ns. 198 a 200.

O art. 400 dos codigos portuguezes contém a mesma disposição que o nosso codigo vigente imitou naquella exclusão do rapto, sciente ou inconscientemente é o que não sabemos. [1]

A disposição é um residuo do excellente systema da satisfação do damno do codigo de 1830, mutilado na lei de 3 de dezembro de, 1841 pelo qual temos sempre nos batido e que só escapou do naufragio, porque essa obrigação de dotar a offendida figurava como uma das penas nos artigos respectivos daquelle codigo.

Talvez por isso é que Thomaz Alves cita a decisão n. 262 de 17 de junho de 1865, conforme a qual parece que na fórma do art. 68 da citada lei, o dote como satisfação devia ser pedido por acção civil; devendo o condemnado insolvavel, segundo o art. 32 do codigo anterior ser conservado na prisão o tempo necessario para ganhar a quantia da satisfação.

Esta parece que era a opinião do autor citado com referencia á decisão [2].

Nem eram fundadas as hesitações de Carlos Perdigão sobre a natureza e modo de effectividade do dote [3].

Hoje a questão está até certo ponto resolvida pelo art. 276 do cod. vigente mandando que a sentença que condemnar o criminoso o obrigue a dotar a offendida.

Levy Jordão referindo-se aos autores reinicolas allude a regras consoantes ao calculo da satisfação [4].

Nós pensamos que si o juiz puder condemnar no quantum deve fazel-o; porque mesmo pensamos, em geral, como temos sustentado, que hoje avista do art. 69 lettra *b* do cod. vigente, sendo um dos effeitos da condemnação a indemnisação do damno, não restará mais depois da sentença criminal do que liquidar o quantum no execução. [5]

Quanto a regras para avaliação bastam as dos arts. 21 e seguintes do cod. ant. que Silva Ferrão elogiava e o nosso civilista, Lacerda de Almeida as reputa *magnificas* [6].

E vem a pello recordar aqui palavras que algures dissemos:

Nas attinencias do direito civil com o criminal acerca da satisfação, apezar do hybridismo da nossa legislação, as opiniões de quem escreve estas linhas são conhecidas.

---

[1] Silva Ferrão, Obr. cit., vol. 7º, art. 400, pag. 258; Levy Jordão, Obr. cit., vol. 4º, art. 400, pag. 172.

[2] Thomaz Alves, Obr. cit. vol. 3º pag. 384, art. 219.

[3] Carlos Perdigão, Obr. cit. vol. 2º art. 219, pag. 353.

[4] Levy Jordão, Obr. cit. *loc. cit.*

[5] Exposição de motivos do projecto de 1897, tit. X, part. geral, pag. 6, *satisfação do damno.*

[6] Lacerda de Almeida, *Obrigações*, Porto Alegre 1897, pag. 334, not. 36.

Para isso é forçoso registrar ainda aqui o nosso dissentimento sobre um ou outro ponto desta parte do livro quanto á satisfação como resultado ou effeito da condemnação criminal.

Theorica e praticamente é diversa a nossa opinião quer sobre a interdependencia da acção civil e criminal para haver a satisfação ou punir o crime, quer sobre a necessidade de nova condemnação no civil para aquelle fim, quando a satisfação é um dos effeitos da condemnação.

Sobre esta ultima questão está exposto o nosso modo de vêr nos ultimos trabalhos do projecto de codigo penal em ultima discussão na camara dos deputados [1].

Isto pelo que toca peculiarmente ao nosso direito que passamos a comparar com outros em que figura a disposição do art. 276 do texto do nosso cod.

Assim o cod. do Uruguay diz :

Art. 299. Os réos de violação, estupro e *rapto* serão tambem castigados por via de indemnisação :

« 1º a dotar a offendida, si for solteira ou viuva ;

« 2º a dar *congruos* alimentos á prole que fôr sua, segundo as prescripções do codigo civil. »

Vasquez Acevedo aponta como fonte desta disposição o cod. chileno, art. 370 e a qual concorda com as do cod. peruano, art. 276 e argentino, art. 139.

Sobre este artigo, cuja redacção parece haver preferido o nosso cod. art. 276 do texto, e ainda fortifica a nossa opinião, diz o dr. Rivarola :

« Pelo art. 139 se prescreve que os réos de violação, estupro ou *rapto* serão, demais, *condemnados* (é delle o gripho) a dotar á offendida, si fôr solteira ou viuva, *em proporção* ás suas faculdades.

« Ainda que o que se dispõe por este artigo é que o condemnado deve a indemnisação civil, falla-se de condemnação em tal sentido, que creio ser *manifesta intenção* da lei prescrever que na *mesma sentença* em que se impõe a pena corporal *se imponha a pecuniaria* [2].

As palavras deste autor parecem ter inspirado a redacção do art. 276 do texto.

E o direito argentino mandando regular o dote em proporção das faculdades do criminoso obedece á orientação moderna do instituto da satisfação antecedida pelo nosso cod. de 1830 influenciado pelas idéas de Benthan e não pelas que nos lembrou depois Levy Jordão referindo-se aos praxistas reinicolas.

---

[1] Exposição de motivos cit. 1897, pag. 6.
[2] Dr. Rivarola, Obr. cit. 2º vol. pag. 177, n. 621.

Mas a fonte do direito neste ponto das republicas hespanholas foram os codigos da antiga metropole, anterior art. 372 e vigente, art. 464.

E por isso sobre aquelle artigo reproduzido por este, tanto que Gonsalez y Serrano, não o commenta, como corrector da obra de Pacheco, diz este, cujas idéas ainda se conformam com as nossas sobre as regras geraes da satisfação aqui applicaveis:

A responsabilidade civil, isto é, a indemnisação do damno causado, é uma das consequencias de todo delicto: assim se tem estabelecido num capitulo especial no livro primeiro do nosso codigo.

Não faz pois a lei no artigo (372) que acaba de transcrever-se, nenhuma excepção particular para os delictos de que tratamos; não faz mais do que applicar nelle os principios geraes aos casos de *rapto,* violação ou estupro.

Era isto conveniente para evitar duvidas e imprimir á jurisprudencia o caracter pratico que podia pedir-lhe a razão.

Tres generos de indemnisação se estabelecem ou declaram aqui. Primeira: a que consiste em *dotar* a mulher offendida: Segunda: que acarreta comsigo o reconhecimento da prole, caso haja: Terceira: a de alimentar á essa mesma prole. Realmente, não cremos que seja possivel alguma outra indemnisação.

O dote tem logar quando a mulher offendida é solteira ou viuva. Isto se concebe bem. Sendo casada, seria repugnante que se fallasse de dinheiro entre seu marido e o offensor. Quiçá poderá haver, quiçá haverá n'outras sociedades, congratulamo-nos que na nossa não haja-a.

Qual será a quantia em que poderá consistir o dote? A lei não o disse. Nem podia dizel-o, porque neste particular não cabe esse genero de regras. Os tribunaes o dirão, tendo em conta sobretudo a classe e circumstancias da mulher offendida, *mais ainda porém as do que a houver enganado.* Si a um homem de posses medianas não se póde, por exemplo impôr sinão um dote de dous a tres mil *reales,* a um poderoso ou abastado bem póde condemnar-se a outro de doze ou quinze mil *duros.* O arbitrio ou faculdade judicial *não* tem ponto neste limite, porque não se trata de multa e sim de indemnisação.

O reconhecimento da prole não poderá verificar-se em todos os casos. Deverá ordenar-se e levar-se a effeito si estiverem livres e com a possibilidade de contrahirem matrimonio: claro está que não se mandará, nem praticará, quando por qualquer causa esse matrimonio a proposito for impossivel. A lei criminal tem aqui que submetter-se á lei civil.

Não succede o mesmo no terceiro ponto, no dos alimentos. O preceito do artigo é absoluto e deroga qualquer disposição contraria. Sejam filhos do incesto, do adulterio, de qualquer crime os produzidos pelo *rapto*, pelo estupro ou violação, os alimentos são uma pena que este artigo impõe, e de que a pratica não poderá prescindir de hoje em diante. [1]

Só temos a accrescentar a estas observações magistraes que a disposição da lei hespanhola é preferivel á nossa pela sua sabedoria, previdencia e humanidade tão salientadas pelo seu notavel commentador.

118. Resta o paragrapho unico do art. 276 do texto deste capitulo, conforme o qual « não haverá logar imposição de pena si seguir-se o casamento a aprazimento do representante legal da offendida, ou do juiz de orphãos, nos casos em que lhe compete dar ou supprir o consentimento, ou a aprazimento da offendida si fôr maior».

Aqui a primeira duvida é de saber si o codigo neste paragrapho unico se refere ao rapto tambem que elle excluio do mesmo art. 276.

A raptada por este artigo não tem direito a dote. Avista deste preceito, o casamento com a raptada será uma dirimente?

Opinamos affirmativamente, porque si o codigo nega satisfação pecuniaria á raptada, não póde sem absurdo negar-lhe a mais completa que póde haver no caso, a plena reparação moral do casamento que lhe faltaria, si o sujeito activo do facto não achasse no casamento uma dirimente da criminalidade delle ou a isenção ou extincção mesma da pena.

Entretanto, Silva Ferrão dá intelligencia contraria ao paragrapho unico do art. 400 do codigo portuguez de 1852, igual ao de 1886 que o nosso parece ter imitado, dizendo que — si a *raptada* quizer *habilitar-se* para uma destas alternativas (dote ou casamento), cumpre que se deixe estuprar ou violar.

Parece-nos que o legislador portuguez soffreu a influencia do direito canonico pelo seu espirito de sujeição á igreja catholica.

Levy Jordão, outro notavel commentador não diz isso, mas recorre ao *corpus juris canonici* quando commenta a disposição. [2]

Os projectos de revisão consagram a dirimente, aliás vulgar nas legislações, o de 1899, art. 285.

---

[1] Pacheco, OBR. CIT. vol. 3º., art. 372, pag. 159.

[2] Silva Ferrão, OBR. CIT. vol. 7º, art. 400, pag. 261; Levy Jordão, OBR. CIT. vol. 4º art. 400, pag. 172.

O codigo vigente, salva aquella duvida seria, melhorou o anterior, arts. 219, 225 e 228 que nenhuma distincção fazia acerca do casamento, originando por isso duvidas na pratica.

Assim em 1863, D. Francisco Balthazar da Silveira, presidente da Relação do Recife, dava o seguinte parecer sobre o assumpto em face do codigo anterior de 1830 :

O art. 225 do codigo criminal não póde ser entendido e applicado isoladamente, sua disposição é relativa, é subordinada á ultima parte do art. 219, com o qual harmonisa-se o art. 228.

Si se quizer dar-lhe intelligencia e execução isoladamente, quantos perigos, quantos absurdos não teremos?

E na hypothese presente vê-se um dos mais damnados attentados!

Um negro escravo (conservavamos ainda a nefanda monstruosidade da escravidão) dizendo que quer casar-se com uma moça livre e branca!

E si for ella de familia honesta?

E si pertencer á familia de elevada posição?

Veja-se quantos perigos e escandalos para o bem estar e paz das familias, e no estado de nossa educação, costumes e civilisação.

E si isto é admissivel, horrivel quando o crime é resultado de seducção, caricias e affagos, o que será quando for elle perpetrado por fraude ou violencia?

Não basta, pois, que o réo diga que quer casar-se é necessario, é *essencial* que *siga-se* o casamento.

Mas, ha de seguir-se observando-se *em tudo* os principios de direito, e as prescripções *positivas* e certas de nossa legislação, que regulam a materia.

Deve a victima declarar *livremente*, si concorda com semelhante união, que máos fructos promette, sendo o resultado do crime.

E *além* do consentimento da infeliz, deve havel-o de seu *pai, tutor*, ou *curador*, ou do *juiz*, que para tanto tem jurisdicção.

Esta disposição no nosso codigo criminal tem sem duvida por fonte a antiga legislação, cujas determinações combinão com o que acabo de expor, como vê-se na Orden. Liv. 5º Tit. 16 § 3, e no Tit. 23 in princ., acrescentando esta ultima — si for convenhavel, de condição para com ella casar.

Isto mesmo é sustentado no *Repertorio das Ordenações*, tom. 1º pag. 371.

Estes mesmos principios são estabelecidos por Mello Freire, *Institutiones Juris Criminalis*, onde no § 17 do tit. 4º, desenvolvendo a materia, diz quasi no fim — *non ad eam praecise uxorem ducendam, sed ad dotem pro*

illius qualitate et conditione... E no 10º § do tit. 10 diz a mesma cousa.

E nem deve reputar-se revogada esta legislação, pois nada ha nella de imposição de pena; e sim é estabelecida em harmonia com as disposições do direito civil, do qual vem a ser uma verdadeira consequencia.

Vê-se igual doutrina seguida em Blackstone, que (pag. 211, vol. 4º) diz: *might redeem the offender from the execution of his sentence by accepting him for her husband.*

Os mesmos principios são sustentados por Chauveau e Hélie, quando tratão de explicar e desenvolver o art. 357 do codigo penal francez, cujas disposições aliás não são bem seguidas pelo nosso codigo. [1]

A vista portanto do que fica ponderado, deve o juiz de direito dar execução ao codigo criminal, procurando em tudo evitar perigos e escandalos, entendendo os seus artigos em relação, subordinados uns aos outros, e em harmonia com o que é determinado nos outros lugares da legislação que nos rege. [2]

Pacheco, commentando o art. 371 do cod. hespanhol parallelo aos do nosso anterior faz desenvolvidas observações no mesmo sentido. [3]

A lettra do texto do paragrapho unico do art. 276 do nosso cod. vigente dissipou as duvidas neste ponto.

119. E a disposição, em geral, póde ser justificada com as razões que dá Carrara do art. 352 do cod. ital. sobre cujo merito não faltaram oppositores que preconisando o systema adoptado pelo cod. toscano não estavam dispostos a reconhecer no facto do casamento entre a pessoa violada ou raptada, a faculdade dirimente da responsabilidade e dos effeitos da condemnação em homenagem ainda ao principio da *res judicata.*

Razões porém, mais poderosas de conveniencia politico-social levaram os prodomos sobre essa opposição.

E' um facto que com o casamento subsequente entre o culpado e a victima, desapparecem plenamente todas as consequencias deploraveis do delicto, nem ahi a moralidade publica ou a decencia são em nada interessadas, ao contrario, si antes ficaram abaladas, em consequencia do matrimonio se têm plenamente tranquillisado.

Uma acção penal intentada depois do consorcio legal das pessoas directamente interessadas, assumiria um certo caracter de odiosidade, vindo quebrantar a união de duas almas no ponto mais solemne e reparador.

---

[1] Chauveau, Hélie e Villey, OBR. CIT. vol. 4º, art. 357, pag. 506, n. 1754.
[2] O DIREITO, vol. 1º pag. 20.
[3] Pacheco, OBR. CIT. vol. 3º, art. 371, pag. 157, n. IV.

Por outro lado, si para o estupro e o rapto o legislador tem subordinado a acção penal á querela da parte, haveria certa incoherencia em não fazer calculo desta faculdade, seja tambem ampliando-a fóra dos limites dos arts. 336 e 344 (nosso cod. art. 274) em face dum facto mais saliente, qual é o do vinculo indissoluvel que une os dous seres protogonistas do crime.

Mas o nosso cod., art. 276 paragrapho unico parece negar a dirimente no caso de ter sido o culpado condemnado e estar cumprindo a pena, isto é, não abrange na redacção a cessação dos effeitos da condemnação pois que diz sómente : *não* haverá lugar *imposição* de pena.

Isto porém é absurdo e os autores se manifestam em contrario.

Si o matrimonio se contrahe depois da condemnação, diz Costanzo Calogero, cessa a execução e os effeitos penaes della.

Em taes casos, dizia o ministro Vigliani no seu relario, a moralidade publica fica satisfeita, a lei recobra o seu imperio e impõe que tudo e para sempre se vote ao esquecimento.

Não ha duvida alguma que o casamento é a melhor reparação que o culpado possa offerecer á victima do delicto e o legislador quiz com esta sabia disposição encorajal-a o mais possivel. Crivellari e Suman a seu turno, abundando nas mesmas ideias accrescentam, resolvendo bem uma duvida seria na especie :

Nem o beneficio se restringe só ao culpado que contrahe matrimonio, mas tambem a todos aquelles que concorreram no crime, em relação aos quaes cessa todo procedimente: é a actuação completa do conceito mesmo da dirimente. Realisada a reparação do crime não deve restar vestigios em prejuizo de ninguem. [1]

A' vista do desenvolvimento que demos á materia deste capitulo nos limitamos a registrar a jurisprudencia sobre ella sem annotal-a, podendo, entretanto, ser cotejada com as nossas idéas emittidas.

« A prescripção do art. 275, do cod. pen. refere-se aos casos de queixa privada, e não áquelles em que ao promotor incumbe a denuncia.» Decisão do Tribunal da *Bahia*, 4 de maio de 1893.

« O direito de queixa privada no crime de defloramento prescrevo no prazo do art. 275, do cod. penal.» Acc. do Sup. Trib. de Justiça de *Belém*, 14 de dezembro de 1895.

---

[1] Carrara, Commento cit., art. 352. pag. 211 ; Cogliolo, Obr. cit. 2º vol., Parte 1ª A, pag. 1280 § 6º ; Crivellari e Suman. Obr. cit. vol. 7º, art. 352, n. 104, pag. 617.

«Crime de defloramento—Rapto de victima por outro que não o deflorador e casamento posterior deste com a raptada.

«O procedimento official contra o raptor não tem logar *ex-vi* do art. 275. do cod. penal.» Acc. Relação *Petropolis*, 19 março 1895.» Crime de rapto com defloramento. « Procedimento official quando tem logar.

« Miserabilidade da offendida — arts. 269, 270 § 2º, 273 § 2º e 274 do cod. penal: » Acc. da Relação, *Petropolis*, 26 de março de 1895.

« O casamento da menor de 14 annos com o seu offensor não tem logar, si a mãe da offendida lhe recusa o seu consentimento por motivos ponderosos. Intelligencia dos arts. 17 e 94, da lei n. 181, de 24 de janeiro de 1890, e 276 paragrapho unico do cod. penal.» Sentença de 2 de março de 1895. [1]

« Quando nos crimes de violencia carnal e de rapto ha o procedimento official da Justiça de accordo com o art. 274, do cod. penal, a prescripção da respectiva acção penal não é mais regulada pelo art. 275, e sim pelo art. 85, do citado codigo.» Acc. do Tribunal Superior, *Belém*, 2 de outubro de 1897.

« Quando o casamento é procurado como meio de evitar a imposição de pena do crime de estupro, caso previsto no paragrapho unico do art. 276, do cod, penal, depende a sua realisação da licença do juiz (arts. 7º, § 7º e 17 do decreto n. 181, de 1890).

« E sendo essencial para a validade do casamento o consentimento dos contrahentes, não se póde effectuar, si a menor for da tenra idade de nove annos e nenhum desenvolvimento intellectual tiver.» Acc. Relação, *Petropolis*, 8 de julho de 1898. [2]

A Revista de Jurisprudencia como *observações* insere a contra minuta do Juiz, cujo despacho aliás foi confirmado nesse Accordão.

CAPITULO IV

DO LENOCINIO

CODIGO

Art. 277. Excitar, favorecer, ou facilitar a prostituição de alguem para satisfazer desejos deshonestos ou paixões lascivas de outrem :

Pena — de prisão cellular por um a dous annos.

Paragrapho unico. Si este crime for commettido por ascendente em relação á descendente, por tutor, curador ou pessoa encarregada

---

[1] O DIREITO, vol. 64, pg. 549 ; vol. 70, pg. 92, 282 e 285 ; e vol. 67, pg. 451.

[2] REVISTA DE JURISPRUDENCIA CIT. vol. 2º, pag. 409 ; vol. 5º, pag. 56.

da educação ou guarda de algum menor com relação a este ; pelo marido com relação á sua propria mulher:

Pena — de prisão cellular por dous a quatro annos.

Além desta pena, e da interdicção em que incorrerão, se imporá mais :

Ao pai e mãi a perda do todos os direitos que a lei lhe concede sobre a pessoa e bens do descendente prostituido;

Ao tutor ou curador, a immediata destituição desse munus ;

A' pessoa encarregada da educação do menor, a privação do direito de ensinar, dirigir ou ter parte em qualquer estabelecimento de instrucção e educação;

Ao marido, a perda do poder marital ; tendo logar a acção criminal, que prescreverá em tres mezes, por queixa contra elle dada sómente pela mulher.

Art. 278. Induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miseria, quer constrangendo-as, por intimidações ou ameaças, a empregarem-se no trafico da prostituição ; prestar-lhes, por conta propria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, assistencia, habitação e auxilios para auferir, ou directa ou indirectamente, lucros desta especulação:

Pena — de prisão cellular por um a dous annos e multa de 500$ a 1:000$000.

COMMENTARIO

120. Este capitulo corresponde ao 3° do Codigo neste titulo, porque do 2° fizemos dous, como ficou explicado no capitulo anterior sobre as disposições communs á violencia carnal e ao rapto, que o Codigo havia conglobado com as referentes a este ultimo crime sómente.

Justificando o projecto de 1893, dissemos sobre a materia :

O capitulo relativo ao *lenocinio* ou *proxenetismo*, no meio da diversidade de conceitos, dos codigos, estrangeiros, foi inspirado pelos do italiano, que seguiu principalmente o austriaco, allemão e hollandez.

Mas o projecto, a exemplo da simplicidade do codigo hungaro, reuniu em um só conceito tanto a excitação como o auxilio, á prostituição ou corrupção de menores com o fim de servir á libidinagem de outrem.

O projecto inclue as aggravantes derivadas das qualidades das pessoas e da violencia, para ferir com penas mais graves, fulminando com a dissolução do vinculo conjugal no caso em que o *proxeneta* ou rufião seja o marido.

Aggravando o facto, quando habitual, assim como o lucro, será punido o infame e sordido mister mais rigorosamente. [1]

---

[1] Exposição de motivos *do projecto* de 1893, pag. 17.

Nas epochas historicas da Grecia, Solon punia o lenocinio com a multa; no tempo de Eschino a pena dos alcoviteiros era o extremo supplicio. Um dos capitulos de accusação que se fazia a Aspasia, era o de ter recolhido em sua casa mulheres de condição livre, que ella prostituia para Pericles.

Os romanos não puniam a principio o lenocinio sinão com a simples infamia :

Praetoris verba dicunt infamia notatur qui lenocinium fecerit. E por lenocinio entendia-se o trafico habitual de conjuncções illicitas praticadas com escopo venal ; o preço recebido era o que constituia o delicto e deste preço nascia a infamia.

Muito mais terde se comminou em vão a pena da mutilação do nariz e das orelhas para os donos de lupanares e seus fornecedores e a do chumbo fundido na bocca e nas fauces para aquelle que tivesse prostituido ou instigado á prostituição uma rapariga que lhe tivesse sido confiada pelos pais e em vão o lenocinio do pai foi punido com a *damnatio ad metalla*.

Nas antigas leis germanicas não se achavam fontes relativas ao lenocinio.

Mas entre os ostrogodos o rufianismo a par do rapto e do adulterio era punido de morte e uma capitular de Carlos Magno de 802 condemnava os rufiões a carregar ás costas as mulheres por elles prostituidas até á praça do mercado, e em caso de recusa a ser açoutados e as mulheres a serem açoutadas conjunctamente com as prostitutas.

Tambem a Igreja no direito canonico, que se mostrara piedosa e benigna para com as meretrizes, foi severa e violenta para aquelles que por dinheiro se tornavam intermediarios da prostituição, fulminando-os com a excommunhão, e com penas temporaes, mesmo, do açoite, prisão, confiscação e morte.

As Ordens. de Portugal, liv. 5º, tit. 25, 32 e 33 puniam com açoites, degredo e em alguns casos com a morte os rufiões e alcoviteiros.

O nosso Codigo Criminal de 1830 desprezou neste ponto o elemento historico portuguez e, ao contrario dos Codigos então existentes, não incriminou o proxenetismo ou lenocinio, que o Codigo Portuguez de 1852, art. 406, adoptou, reproduzido pelo de 1886, arts. 405 e 406.

Foi o nosso Codigo Penal vigente de 1890 que pelos arts. 277 e 278 do texto deu entrada no direito brazileiro ao lenocinio.

Eis em resumo a historia do lenocinio. [1]

---

[1] Costanzo Calogero *apud*, Cogliolo, OBR. CIT., vol. 2º, part. 1ª A pag. 1164 ; Pereira e Souza, CLASSES DOS CRIMES, CIT., pag. 238.

A ultima especie dos delictos contra o pudor, diz Pessina, é a acção que se exercita sobre a vontade d'outrem, debil pela idade ou pelo sexo, para arrastal-a na via da corrupção ou da prostituição. Este delicto não é constituido pelo simples facto de intrometter-se em qualquer relação ou negocio impudico d'outrem, mas haure a sua criminalidade da violação da liberdade moral da pessoa com a efficacia das seducções para o vicio. E', portanto, torpe, sobretudo quando torna-se um mister habitual, como fonte de lucros, ou quando provém daquelles que deveriam custodiar a honra da pessoa. [1]

O direito sobre o assumpto varia muito não só em relação á velha escola, que reflecte sua influencia em leis modernas, mas tambem relativamente a estas leis mesmas da actualidade.

121. A velha escola, diz Suman, considerava no lenocinio duas figuras diversas, o *simples* e o *qualificado*. Considerava-se *simples* o trafico habitual da pudicicia de outrem: é a figura do art. 278 do nosso cod. pen. no texto, ainda que emmaranhada com outros elementos concomitantes, mas essenciaes e constitutivos della.

Qualificada era considerada a prostituição feita pelos ascendentes dos descendentes ou da mulher pelo marido, ou da pupilla pelo tutor: são as figuras comprehendidas no paragrapho unico do art. 277 do texto que se refere ainda á pessoa encarregada da educação do menor.

A escola moderna, ao contrario, não considera sinão uma figura, e a qualidade do culpado não é sinão uma circumstancia que augmenta a quantidade do crime.

Escriptores e legislações concordam em considerar haver lenocinio quando se excite ou favoreça a prostituição, mas igual accordo não manteem quando se trata de fixar os outros elementos juridicos.

Ha escriptores e legislações que não fazem questão da idade do sujeito passivo, seguindo o conceito da velha escola que considera haver crime, qualquer que seja a idade da pessoa, cuja prostituição se excite ou favoreça.

O nosso cod. pen. no art. 277, primeira parte do texto, seguiu o velho systema.

Alguns outros, ao contrario, limitam a protecção ás victimas menores, como fez excepcionalmente o paragrapho unico do mesmo art. 277 do texto relativamente á pessoa encarregada da guarda ou educação do menor.

Algum escriptor e alguma legislação exige no proxeneta o habito do torpe mercado, o impulso da venalidade (artigo 278 do nosso cod.); para outros, ao contrario, estas cir-

---

[1] Pessina, Manuale cit., § 241, pag. 269.

cumstancias não são sinão criterios para medir a quantidade do crime. Faz caminho, porém, o conceito de que a habitualidade e a venalidade devem ser consideradas como elementos constitutivos do lenocinio, quando a victima é maior.

O art. 278 consagra este conceito, embora quanto ao elemento do *habito*, não o declina nominalmente, mas inferindo-se bem da disposição.

Finalmente, consideram alguns ser indifferente que a prostituição aproveite á propria, ou á libidinagem de outrem; entretanto que outros opinam que o elemento constitutivo do crime é que a prostituição deva servir exclusivamente ao desafogo da libidinagem de outrem. [1]

Este ultimo conceito é tambem o do nosso codigo vigente, como resulta da lettra e espirito dos arts. 277 e 278 do texto.

Sobre o lenocinio, diz von Liszt, as novas legislações formam dous grupos.

Ao passo que o direito dos paizes latinos, França, Belgica, Hespanha e Italia pune sómente a corrupção de menores, os cods. allemães offerecem uma mescla variada das mais differentes disposições, não raro casuisticamente formuladas, das quaes as do cod. prussiano, comquanto não se distinguissem por especial clareza, passaram com insignificantes alterações para o direito imperial e teem dado occasião á uma serie de questões difficilimas. O projecto de 1892 sómente em parte as evitava. O chamado *trafico de raparigas* considerado em si, não é sujeito a penas.

Só o é como um acto de proxenetismo, accrescenta neste logar o traductor da obra, opinando que « o trafico de mulheres brancas » é uma figura criminal que deve ser prevista pela lei penal. Assim faz o projecto suisso, art. 104, ver o commentario de Stoos. [2]

No citado ante-projecto, art. 118, pune-se o chamado trafico de brancas, é verdade, mas daquelle que por *artificio (ruse, Eist), ameaça ou violencia*, tiver procurado entregar uma mulher a outrem com um fim de libidigem — assim como, sob o nome de proxenetismo pune outras fórmas congeneres. [3]

Aos paizes latinos que cita von Liszt podemos addicionar Portugal, Uruguay e a Republica Argentina e fóra dos paizes latinos ainda a Hollanda.

Entre nós, Lima Drummond é contrario a este systema, censurando por isso o projecto de revisão do nosso codigo de 1893, que entretanto em tudo mais neste capitulo elle

---

[1] Crivellari & Suman, Obr. cit.. vol. 7º, pag. 592, n. 68.
[2] Von Liszt, Obr. cit., 2º vol., pag. 134, not. *b*.
[3] Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, arts. 116 a 118, pag. 66.

prefere ao de 1896, reproduzido em geral no de 1897 e afinal assim approvado em 1899 pela camara dos deputados.

A obra do nosso autor é um estudo delles e do codigo e copioso confronto dos estrangeiros. [1]

Pio Viazzi, ao contrario, expondo as suas opiniões sobre o assumpto, faz a critica do codigo italiano e chega á conclusão que elle é ainda rigoroso neste capitulo do lenocinio.

Vê-se por aqui que se trata d'uma questão muito completa e que não é facil ao legislador resolvel-a em concisos preceitos nos codigos, quando a controversia se mantem na doutrina e reflecte a variedade, a que já alludimos, das legislações.

122. Passemos aos artigos do texto.

O art. 277 conceitúa o lenocinio, dizendo que è o facto de « excitar, favorecer, ou facilitar a prostituição de alguem para satisfazer desejos deshonestos ou paixões lascivas de outrem ».

O codigo penal teve sua fonte no codigo portuguez, art. 406, a seu turno teve como fonte o codigo francez, art. 334, modificado pelo belga, art. 379, consoante com a lei belga de 15 de junho de 1846, que havia addicionado ao texto do codigo francez as palavas «*para satisfazer as paixões doutrem* ».

A differença principal do nosso codigo vigente entre o seu texto e essas fontes consiste em não exigir como elemento do crime a *menoridade* da victima, tendo-se assim apartado do systema dos paizes latinos na materia.

Os elementos constitutivos do crime previsto no art. 277 do texto são: 1º, o facto de excitar favorecer, ou facilitar a prostituição d'alguem; 2º, com o fim de satisfazer desejos deshonestos ou paixões lascivas d'outrem; 3º, que o agente tenha tido a consciencia, a vontade consciente de prostituir a pessoa com o fim de satisfazer os desejos deshonestos ou as paixões lascivas d'outrem.

Quanto ao primeiro elemento, a questão de saber quaes são os actos que constituem o facto de excitar, favorecer ou facilitar a prostituição è deixada á apreciação dos juizes. Entretanto o crime não existe sem que o agente tenha effectivamente praticado qualquer desses actos.

E' necessario que o agente se tenha tornado culpado ao mesmo tempo de factos comprehendidos sobre cada uma dessas expressões? Certamente que não; o texto mesmo, pela disjunctiva *ou* exclue esta interpretação.

Basta que o agente tenha quer excitado, quer favorecido, quer facilitado a prostituição doutrem.

---

[1] Lima Drummond, ESTUDOS CIT. CAP. VII, *lenocinio*.

E' a opinião de Nypels e Servais apoiados nas jurisprudencias belga e franceza. [1]

O art. 277 do texto não pune sómente o *proxeneta*, isto é, aquelles que mediante um lucro, fazem mister de excitar, favorecer e facilitar a prostituição *(lenocinium quaestuarium)*; elle pune igualmente aquelles que sem pensamento de ganho, se fazem intermediarios, *corretores* de prostituição *(lenocinium gratuitum)*. N'uma palavra, não fazendo o art. 379, distincção, o delicto existe fóra dos factos de proxenetismo propriamente dito, isto é, independentemente do trafico vergonhoso que caracterisa o *cafetismo*, a profissão infame de *caften*. Todos os intromissores de prostituição, qualquer que seja o movel que os faça agir, cahem sob a sancção da lei, uma vez que os outros elementos do crime ahi se encontrem.

E' a opinião de Garraud e a doutrina dos arestos da Cassação franceza sobre o artigo parallelo do respectivo codigo. [2]

Tambem o nosso codigo no art. 277 não exige o *habito* no intermediario da prostituição, e por isso mesmo afasta todas as questões a respeito suscitadas em França e na Belgica.

Empregando o nosso cod. a expressão *alguem* comprehende não só pessoa dum ou doutro sexo, como de maior ou menor idade.

Aliás é a solução do cod. italiano, quanto ao sexo, dizendo *pessoa de menor idade* para comprehender ambos os sexos. [3]

Quanto á idade o cod. é, como dizemos, geralmente assim entendido, mesmo porque seguiu systema opposto aos dos paizes latinos, como vimos.

O 2º elemento é que a prostituição sirva para satisfazer os desejos deshonestos ou as paixões lascivas d'outrem.

Hoje em França, attestam Blanche e Dutruc, todos os criminalistas opinam que o art. 334 do seu codigo não se applica sinão aos intermediarios da prostituição e não á prostituição ou seducção pessoal.

O nosso não soffre duvida referindo-se a *outrem*.

Era tambem a opinião de Chauveau e Hélie; e a de Puglia sobre o codigo italiano que nos parece aliás muito claro. [4]

---

[1] Nypels & Servais, OBR. CIT., 2º vol. art. 379, pag. 507, n. 2.
[2] Garraud, Obr. cit., vol. 4º, pag. 502, n. 487.
[3] Majno, *obr. cit.* vol. 2º, art. 346, pag. 82, n 2243.
[4] Blanche e Dutruc, OBR. CIT. vol. 5º, art. 334, pag. 166, n. 142; Chauveau, Hélie e Villey, OBR. CIT. vol. 4º pag. 253, n. 1533; Puglia, MANUAL CIT. 2º vol. art. 345, pag. 224.

Entretanto, dizem Nypels e Servais, a lei *não* exige que a pessoa arrastada ao deboche pelo culpado seja differente daquella que este teve por fim favorecer as paixões.

Ao que accrescenta Garraud, que importa pouco que o agente de corrupção tenha menos procurado excitar as paixões d'outrem do que satisfazer sua propria lubricidade.

Pondo de parte a hypothese deste ultimo autor, de que o facto habitual de reunir menores para as depravar mutuamente, entra certamente nos termos da lei — hypothese que acceitamos, si não couber no art. 266 paragrapho unico, mesmo sem o habito, ambas as opiniões são contrarias á nossa lei. [1]

O art. 277 refere-se expressamente aos desejos e paixões *d'outrem*; é mister por isso a coexistencia de tres pessoas para constituir a figura do crime, isto é, o proxeneta, a victima, e o terceiro ou a pessoa *differente*, cujos desejos ou paixões devem ser satisfeitos.

Chauveau e Hélie, attento o estado da jurisprudencia que elle estuda, estabelecem como uma primeira regra nesta materia que o art. 334 não se applica á seducção pessoal e que não attinge sinão as pessoas que favorecem o deboche dos menores, não para si mesmas, mas para satisfazer a incontinencia d'outrem. [2]

E' mister accentuar, quanto ao segundo elemento, que estamos explicando que não é necessario que o facto tenha sido seguido de effeito, isto é, que a pessoa visada pelo culpado tenha sido manchada pelo deboche.

O delicto, diz Nypels, resulta unicamente do papel de proxeneta, dos esforços que elle faz para corromper e prostituir. Ao legislador não importa o resultado destes esforços.

Ao contrario, os commentadores tambem sobre outro ponto, diz o citado autor e com elle Chauveau, Hélie e Blanche, todos fundados nas jurisprudencias franceza e belga, que a lei não fazendo distincção alguma, ella se applica igualmente áquelles que entregam á prostituição raparigas que antes do facto do lenocinio já estavam corrompidas e mesmo aquellas que estão inscriptas na policia como prostitutas. Admittir o contrario seria crear uma excepção que não está na lei.

O proxenetismo constitue além disto por si mesmo e independentemente de seus effeitos a respeito daquelles *vis-á-vis* dos quaes se exerce, um mal social sufficiente para que a pena que o attinge seja, em qualquer hypothese, justificada.

---

[1] Nypels e Servais. OBR. CIT. vol. 2º pag. 509, n. 7; Garraud, Obr. cit. vol. 4º n. 487, pag. 504.

[2] Chauveau, Hélie e Villey, OBR. CIT. vol. 4º pag. 258, n. 1535. *in fine* art. 334.

Modernamente Garraud e Puglia alliam-se a essas opiniões. [1]

Resta o terceiro e ultimo elemento do crime do art. 277 do texto.

O elemento intencional que suppõe esta disposição é o dólo ordinario, a vontade consciente de commetter o facto punivel, isto é, a vontade de excitar, favorecer, ou facilitar a prostituição de alguem para satisfazer desejos deshonestos ou paixões lascivas d'outrem.

Assim, diz Nypels, não cahe sob este artigo o indiciado, cujos actos teem satisfeito as paixões d'outrem, quando elle não tem tido, praticando-os, a intenção criminosa exigida para tornar os actos puniveis, seu fim não sendo sinão o de dar curso a suas proprias paixões.

E á vista do que temos dito, é inadmissivel a opinião de Garraud, que estende a estes ultimos actos a sancção da lei [2].

Passemos ao paragrapho unico do art. 277 do texto. Este paragrapho comprehende circumstancias aggravadoras ou qualificativas, que tornam mais grave, augmentando a pena, applicavel ao facto e aggravando mesmo os effeitos da condemnação quando certas pessoas forem os sujeitos activos do crime; tal é o lenocinio sacrilego, na phrase de Pessina, exercitado por aquelles que deveriam educar a vida moral da pessoa, e, ao contrario, abusando do poder, arrastam-na no caminho da corrupção; sendo taes corruptores especificados pela lei mesmo e que, conforme enumera o paragrapho unico do texto, são:

O ascendente em relação ao descendente;

O tutor, curador ou pessoa encarregada da educação ou guarda de algum *menor* com relação a este;

O marido com relação á sua propria mulher.

Nota-se aqui que o nosso codigo nem fez uma enumeração mais completa, como faz o codigo italiano, art. 345, nem empregou termos mais genericos, como o codigo belga, art. 381. Entretanto no capitulo anterior, art. 273, não só as classes de pessoas são exemplificativamente enumeradas de modo mais completo, como tambem o codigo usa de termos mais genericos.

Em relação aos *ascendentes*, conforme Blanche, a circumstancia é applicavel, tanto ao parentesco legitimo, como ao *natural* e *adoptivo*.

---

[1] Nypels & Servais, OBR. CIT., 2º vol. pag. 510, ns. 8 e 9 sobre o art. 379 Chauveau, Hélie, e Villey, *loc. cit.*, ns. 1548 e 1549, pag. 273; Blanche e Dutruc, *loc cit.*, n. 156, pag. 192; Garraud, *loc. cit.* pg. 516, n. 494: Puglia, *loc. cit.* pg. 225, art. 315.

[2] Nypels & Servais, *loc. cit.*, pag. 511, n. 11; Garraud, *loc. cit.*, pag. 515, n. 493.

Concebida em termos absolutos, ella comprehende todos tres.

Mas Nypels se oppõe á essa opinião, observando que é admissivel estender a aggravante ao filho natural *reconhecido*, mas não ao *adoptivo*, porque a adopção não produz sinão um parentesco ficticio, que o legislador não tem levado em conta, mesmo para o parricidio, e pois com maioria de razão elle crê que não deve ser levado em conta aqui.

Quid juris pelo nosso codigo ? Faltando-lhe elementos de interpretação, é mais prudente e razoavel a opinião de Nypels.

Foi julgado que a aggravação comminada aqui era applicavel ao padrasto ou segundo marido da mãi da victima : é, diz o aresto, um ascendente por alliança ou affinidade. O texto porém, do paragrapho unico não comporta tal extensão ; tambem ella foi repellida pela Cassação franceza.

Entretanto estas questões entre nós teem um interesse pratico que não existe em outros paizes, *v. g.* na Belgica, pela boa redacção dos respectivos codigos.

E' um ponto constante para sempre assentado na doutrina e na jurisprudencia que sob as palavras — que tem autoridade sobre a victima — que o nosso codigo deixou de empregar, comprehende-se não só a autoridade de direito, derivada da lei, como a de facto, cuja fonte são as circumstancias e a posição das pessoas.

Assim teem autoridade, quer de direito, quer de facto, não só as pessoas que o nosso paragrapho enuncia, como tambem o pai adoptivo, o padrasto, o patrão ou amo, etc.

O paragrapho se refere de modo geral á pessoa encarregada da educação ou guarda de algum *menor* com relação a este.

Na classe de *instituidores* comprehendem-se todas as pessoas ligadas á vigilancia da pessoa e ao ensino do discipulo, deveria comprehender-se os artistas mesmos em relação aos seus aprendizes, si quizerem excluil-os da classe antecedente.

Assim, é mister comprehender no texto do nosso paragrapho os mestres de musica, dansa, desenho, etc., e o ministro da confissão religiosa que dá lições de cathecismo, moral, etc. Era assim no antigo direito francez e belga, fonte actual que o nosso codigo penal reproduzio.

E' lastimavel ainda aqui a lacuna do nosso paragrapho em relação aos domesticos ou criados, que o codigo previo aliás no art. 273. [1]

---

[1] Nypels & Servais, *loc. cit.* art. 381, pag. 498, n. 1 ; Blanche & Dutruc, *loc. cit*, pag. 137, n. 114.

Neste ponto, tratando-se do lenocinio do marido os, projectos de 1893 e 1897 fulminavam, como um effeito da condemnação, a dissolução do vinculo conjugal ; o projecto de 1896 tornava-a dependente do requerimento da mulher.

Mas no de 1899, pendente do Senado, não figura a disposição, por haver ella sido supprimida na Camara dos Deputados.

A intransigencia dos catholicos e a orthodoxia dos positivistas viram na reforma uma porta aberta para adopção do divorcio, rejeitado mais d'uma vez no nosso Congresso Nacional.

O final do paragrapho torna dependente o processo do marido proxeneta da queixa da mulher e estabelece a breve prescripção de tres mezes para o caso.

Quanto á acção, conforme a doutrina, diz Suman, considera-se que ella deve ser publica em taes crimes, attenta a torpeza do facto.

Costuma-se fazer uma excepção no caso em que o culpado seja o marido e isto por considerações de prudencia, achando-se opportuno deixar ao arbitrio da mulher offendida o direito de tutelar os seus interesses, o seu decoro e da sua familia.

Salva esta excepção, o nosso codigo penal, art. 407, conformou-se com a doutrina, admittindo a acção publica para os crimes deste capitulo.

O codigo italiano, art. 348, no caso de ser a mulher *menor*, admitte tambem a querela daquelle, que sendo ella nubil, teria o patrio poder ou a tutela.

123. Passemos á materia do art. 278, que aliás já está explicado, em relação aos principios geraes, com o que dissemos sobre o art. 277, constituindo o art. 278 antes uma aggravante ou qualificativa do lenocinio, ou o seu congenere, que o uso entre nós tem appellidado de *caftismo*, *e caften* o agente, o sujeito activo do crime, caracterisado pelo *habito* e pelo *lucro*, especialmente na segunda parte do mesmo art. 278.

A' vista do que, vamos quasi que apenas reproduzir como doutrina os arestos dos nossos juizes e tribunaes sobre a disposição do texto.

O art. 278 do codigo penal considera o delicto de lenocinio sob duas modalidades — 1ª prestar por conta propria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, assistencia, habitação e auxilios ao trafico da prostituição ; — 2ª induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza e miseria, quer constrangendo-as por intimidações e ameaças a empregarem-se no trafico da prostituição, dominando, porém, as duas modalidades como elemento constitutivo do delicto que o accusado tenha agido com o fim de auferir lucros directos ou indirectos — *causa quœstus et lucri habendi*.

« Não importam em negação do facto criminoso as declarações da offendida em favor do accusado. E' um facto psychologico bem conhecido o terror que o *caften* exerce sobre a prostituta que elle explora.» Sentença do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal, 26 de junho de 1996. [1]

Esta sentença versa sobre especie comprehendida na primeira parte do art. 278, embora se faça nella tambem referencia á segunda parte do mesmo artigo para abranger ambas as modalidades da figura criminosa.

Na mesma sentença se póde lêr :

« O delicto de *caftismo*, si é licito usar deste neologismo hoje geralmente empregado, uma das modalidades do art. 278 do Codigo Penal, compõe-se, nos termos deste citado artigo, de tres elementos :

1º, induzir mulheres a empregarem-se no trafico da prostituição ; 2º, que obtenha esse resultado, quer abusando de sua fraqueza e miseria, quer constrangendo-as por violencias e ameaças ; 3º, que tenha por fim obter lucros directos ou indirectos. »

O Codigo Penal não falla de *habito*, mas quando se exija este elemento, elle resulta conforme a doutrina e a jurisprudencia franceza, por exemplo, de tres factos ou casos, pelo menos, praticados pelo proxeneta em favor de outrem contra uma só mulher; e assim nada mais facil de estabelecer e provar o *habito* contra taes individuos.

Com referencia á segunda parte do artigo a que allude a sentença, como dissemos, a opinião do juiz que a firma está no aresto que vamos apontar e de cujo tribunal civil e criminal no julgamento da especie fazia parte.

O aresto póde reduzir-se á seguinte these contraria á do aresto da Côrte de Appellação que o reformou :

« Para haver o crime de lenocinio da segunda parte do art. 278 do Codigo Penal, *basta* a existencia de *qualquer* dos elementos, *assistencia*, *habitação ou* auxilios, constantes da citada parte do mesmo artigo. »

Este aresto foi seguido de um outro no mesmo sentido:

« Incorre nas penas do art. 278 (2ª parte) aquelle que, auferindo lucros, presta habitação a mulheres para se empregarem na prostituição. » Acc. do Trib. Civ. e Crim. 12 junho 1897. [2]

A *Revista* observa que a jurisprudencia da Côrte de Appellação exige, *alem* da habitação, o concurso simultaneo da assistencia e auxilios.

---

[1] Viveiros de Castro, SENTENÇAS E DECISÕES CIT. pags. 34 e 215 — *lenocinio*.

[2]. « REVISTA DE JURISPRUDENCIA », vol. 8º, pag. 381.

A *Revista* alludia, citando mesmo, ao seguinte aresto :

« Para haver o crime de lenocinio da segunda parte do art. 278 do Codigo Penal, é *essencial* a existencia *simultanea* dos tres elementos, *assistencia, habitação* E *auxilios*, constantes da citada parte. » Acc. da Camara Crim. da Côrte de Appellação de 9 de julho de 1897, reformando o Acc. da Camara Crim. do Trib. Civ. e Crim. 13 março 1897. [1]

O aresto condemnatorio anterior do Tribunal Civil e Criminal, sobre o qual não se pronunciou a Côrte de Appellação, porque não tomou conhecimento do respectivo recurso, deu logar á revisão do processo pelo Supremo Tribunal Federal, que cortou todas as duvidas pela seguinte decisão :

« Commette o crime de lenocinio quem só presta *assistencia*, ou quem presta tão sómente *habitação* ou *auxilio* a prostitutas para auferir lucros desta especulação, não sendo necessario o concurso simultaneo dessas tres condições para constituir o dito crime. » Intelligencia do art. 278, segunda parte, do Codigo Penal. Acc. do Supremo Tribunal Federal de 17 setembro 1898. [2]

Em resumo, póde-se dizer que, alem da intenção criminosa, os requisitos da especie da segunda parte do art. 278 do texto são : 1º, prestar, por conta propria ou alheia, sob sua ou alheia responsabilidade, assistencia, habitação ou auxilio a mulheres com o fim de empregarem-se no trafico da prostituição ; 2º, auferir, directa ou indirectamente, lucros desta especulação.

Realizados estes requisitos, temos precisamente a especie do texto nessa parte do artigo.

Restam duas questões, a da *tentativa* e a da *cumplicidade*, que notaremos em poucas palavras, porque a applicação dos principios pertence á parte *geral* do Codigo.

Quanto á tentativa, a questão se resolve facilmente.

O lenocinio, diz Suman, é um delicto material ; logo, para ser consumado é necessario o evento, isto é, que a pessoa seduzida tenha sido effectivamente prostituida.

Os affagos, as manobras embora, insidiosas e prolongadas, si não attingirem o escopo, darão a figura do conceito, que será punivel si naquellas manobras, naquelles modos insidiosos houver a idoneidade necessaria para constituir o elemento material da tentativa punivel, conforme o nosso codigo, arts. 13 e 14.

---

[1] Revista de Jurisprudencia, vol. 1º, pag. 92.

[2] O Direito, vol. 81, pag. 138. O voto do tribunal foi unanime. A *informação* prestada pelo Dr. *Muniz Barreto*, presidente do Tribunal Civil e Criminal, e os fundamentos do Accordão, cujo relator foi o ministro João Barbalho, fixaram, completaram e desenvolveram a doutrina estrictamente juridica sobre a especie, constituindo o melhor commentario da segunda parte do art. 278 do Codigo Penal.

Sobre a cumplicidade, o mesmo autor, contra a opinião de outros, é de parecer que não ha razão para supprimil-a a respeito do seductor, em cujo favor age o proxeneta desde que concorram na especie os caracteres geraes da cumplicidade. [1]

Os autores belgas e francezes reputam essa questão interessante, mas seria e delicada, principalmente porque exigindo os respectivos codigos o *habito* para caracterisar o lenocinio, é difficil estabelecel-o e proval-o a respeito de terceiro, a cujo serviço se põe o proxeneta.

Dahi a divergencia entre os autores, por exemplo, entre Nypels e Blanche e mesmo na jurisprudencia.

Modernamente Garraud opina pela cumplicidade uma vez bem caracterisada. [2]

A questão é mais facil de resolver, conforme o nosso direito, porque o codigo penal no art. 277 não exige absolutamente o *habito* para caracterisar as respectivas figuras; e no art. 278, como vimos, não exige tal elemento de modo expresso, parecendo que propositalmente o eliminou.

« E' confirmada a sentença que condemnou os recorrentes como incursos no art. 278 do Codigo Penal, por crime de *lenocinio* ; menos na parte relativa á multa, visto ter sido esta accrescentada pelo Tribunal da Relação, que assim veio alterar a sentença em prejuizo dos réos appellantes, o que não podia fazer, desde que não é cabido o procedimento *ex-officio* e com a sentença conformou-se o Appellado. » Accordão do Supremo Tribunal Federal de 19 de setembro de 1896. [3]

A decisão está de accordo com a doutrina mais seguida, porque no caso o ministerio publico não foi appellante, mas appellado sómente.

CAPITULO V

DO ADULTERIO OU INFIDELIDADE CONJUGAL

CODIGO

Art. 279. A mulher casada que commetter adulterio será punida com a pena de prisão cellular por um a tres annos.

§ 1.º Em igual pena incorrerá:

1.º O marido que tiver concubina teúda e manteúda ;

2.º A concubina ;

---

[1] Crivellari & Suman, OBR. CIT., vol. 7º, pag. 594, n. 72:

[2] Garraud, OBRA CIT., vol. 4º, pag. 517, n. 495; Chauveau, Hélie e Villey, vol. 4º, pag. 276, ns. 155 e 1552.

[3] Do autor: A REVISÃO DOS PROCESSOS PENAES, CIT. Appendice, pag. 389, n. 71.

3.º O co-réo adultero.

§ 2.º A accusação deste crime é licita sómente aos conjuges, que ficarão privados do exercicio desse direito, si por qualquer modo houverem consentido no adulterio.

Art. 280. Contra o co-réo adultero não serão admissiveis outras provas sinão o flagrante delicto, e a resultante de documentos escriptos por elle.

Art. 281. A acção de adulterio prescreve no fim de tres mezes, contados da data do crime.

Paragrapho unico. O perdão de qualquer dos conjuges, ou sua reconciliação, extingue todos os effeitos da accusação e condemnação.

COMMENTARIO

124. Este capitulo não figura nos projectos de revisão, tendo sido supprimido successivamente nos de 1893, 1896 e 1897 e mantida a suppressão no de 1899.

Justificando o projecto primitivo, diziamos :

O projecto eliminou o capitulo relativo ao adulterio ou infidelidade conjugal, cuja sancção penal á commissão não parece, nem séria, nem efficaz, e é desmoralisadora.

Criminalistas da escola classica, Filangieri, Pessina, Lucchini, Tissot, Brusa, de Foresta, Rosshirt, como da moderna anthropologica, negam o caracter criminoso ao adulterio, preferindo como sancção mais efficaz o divorcio. [1]

Outro não é o pensamento de Berenini dentre os da moderna escola. [2]

E um dos chefes e fundadores della, em obra monumental, colloca entre os *substitutivos penaes* de ordem familiar o divorcio que, uma vez admittido, impediria muitos crimes, de bigamia, *adulterio* e homicidio, invocando dados estatisticos interessantes, cuja apreciação confirma as observações psychologicas e da experiencia. [3]

O adulterio não é crime no direito inglez e outr'ora era sujeito aos tribunaes ecclesiasticos, que, conforme Stephen, podiam applicar penas *espirituaes* e tambem a detenção até seis mezes ; mas depois esse mesmo fôro especial deixou de se occupar delle. [4]

Não é punido tambem, nem pelo Codigo de Genebra de 1874, nem pelo de New-York de 1872. [5]

O projecto não podia manter como crime um acto que, si para alguns é um peccado susceptivel de penas espirituaes,

---

[1] Vide Puglia, OBRA CIT., pag. 114.
[2] Berenini, OFFESE E DIFESE, Parma, 1886, I.
[3] E. Ferri, SOCIOLOGIA CRIMINALE, Torino, 1892; 3ª edição, pag. 342.
[4] Blakstone, COMMENTARIO, vol. 4º pag. 234.
[5] Vide Zanardelli, RELAZIONE III, pag. 235.

é para outros a infracção de um contracto a que deve corresponder sancção puramente civil.

Para os crimes de que póde ser victima a mulher casada as fórmas geraes proveem até no caso em que ella, sem ser violentada, seja raptada por meio de engano ou por este meio seja offendida em seu pudor, sendo menor.

O projecto não quiz transportar uma fórma de criminalidade que figura no Codigo Allemão, § 179, e Hungaro, art. 245, conforme a qual póde ser punida a fraude daquelle que illude uma mulher casada, afim de ter com ella commercio carnal.

E' uma hypothese quasi gratuita, que se presta a *chantages* (extorsões) e quasi se confunde especialmente no ultimo codigo com a bigamia, que o projecto previne.

« Resulta da exposição de motivos, dizem os interpretes do Codigo da Hungria, que o caso em que o homem contrahe casamento, dissimulando outro ainda subsistente, bem que incidindo sob a definição deste artigo (art. 245) e dos artigos relativos á bigamia (254 e 255), deverá ser considerado como um caso de bigamia. » [1]

Em summa, a eliminação do adulterio do quadro da criminalidade do projecto, si é uma originalidade, tem honrosos precedentes, quanto a outros assumptos no codigo de 1830, que reduziu a disposições legislativas idéas inexistentes nos anteriores, alem de que trata-se da abolição de um instituto imposta por motivos imperiosos de conveniencias domesticas e de moralidade social.

E si espiritos vacillantes na solução de taes problemas affirmam que nem a separação dos corpos, de origem divina, nem o divorcio de fonte humana os resolvem, muito menos o fará a sancção penal do adulterio, que antes de tudo para os nossos costumes é um expediente desmoralisador para os conjuges e a familia. [2]

O projecto foi censurado nesta parte no parecer que temos citado da commissão especial da Faculdade de S. Paulo, respondendo, porém, ao qual fizemos estas observações:

Termina o capitulo «dos vicios de doutrina» a censura á suppressão no *Projecto* do crime de adulterio (pags. 94 a 96).

Os argumentos são curiosos, como sempre, sobre todos os pontos salientes dos assumptos.

Não se diz que para os anthropologistas « o problema penal se reduz a substituir as penitenciarias por manicomios (na technica delles, mas contradictoriamente *manicomios penaes*) » ?

---

[1] Martinet & Dareste, OBRA CIT., pag. 100, nota 1.

[2] Lecornec, LE DIVORCE, Paris, 1892, XII, pag. 226. Vide EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS do Projecto de 1893, pags. 17 e 18.

O illustre censor mataria assim com um traço de penna *a nova escola*, pois que Lucchini, Aramburu e outros negam que aquelle instituto seja positivista. [1]

O outro argumento é uma petição de principio, porque si a sancção penal é inefficaz e desmoralisadora, o seu succedaneo ou substitutivo deve ser a sancção civil, e assim a que vem a observação de que o divorcio « não póde *absolutamente* ter applicação entre nós, *sinão* entre aquelles para quem o divorcio rompe o vinculo conjugal » ?

Trata-se do que deve ser e não do que é.

Ou o illustre censor quer subordinar o estadista na solução dos problemas sociaes a preconceitos dos credos religiosos e seitas philosophicas ?

O illustre censor tão classico, como é, acha contradictorios os classicos citados na *Exposição de motivos*.

E digo entre parenthesis, não invoquei Puglia, mas mandei vel-o, porque se refere á controversia (pag. 18, nota 54).

A *Exposição de motivos* justifica demais a suppressão feita no *Projecto*.

Injustificavel, porém, é a incongruencia de fazer a apotheose do *uxoricidio*, citando livros *romanescos* (pags. 62 e 96) e fazer a apologia ao mesmo tempo da sancção *penal* do adulterio: é a tragi-comedia applicada ao direito. E' caso de dizer: *ils heurlent de se trouver ensemble.* [2]

Passemos emfim á materia do capitulo, uma vez que é lei vigente.

Ha nos arts. 279 a 281 do texto do nosso Codigo Penal uma verdadeira mistura de fontes de onde elle hauriu essas disposições.

Assim, a fonte do art. 279 foi o codigo anterior, arts. 250 a 253, o qual tinha tido a seu turno por fonte o Codigo Francez, ao qual se assemelha especialmente o belga.

A collocação do capitulo é que é differente nos nossos dous codigos, porque o de 1830 collocava tal crime no titulo correspondente ao do actual, relativo á segurança do estado civil, conforme a opinião hoje de Pessina e outros, que negam que seja um crime principalmente contra o pudor.

Nypels pensa bem que é não só um crime contra os costumes, mas tambem contra a ordem na familia e por isso deve estar neste titulo, como fizeram os projectos de revisão do nosso codigo, tratando aqui do assumpto na respectiva exposição de motivos o de 1893.

O art. 279 do texto corresponde aos arts. 336 a 339 do Codigo Francez e ao Codigo Belga, arts. 387 a 390.

---

[1] Lucchini, I SIMPLICISTI, Torino, 1886, pag. 284; Aramburu, LA NUEVA CIENCIA PENAL, Madrid, 1887, pag. 343.

[2] O PROJECTO, ETC. *e a Faculdade de S. Paulo*, pag. 73.

Conseguintemente, os autores francezes e belgas é que nos podem dar melhor a explicação do nosso codigo neste artigo.

Si, dizem Chauveau e Hélie, a gravidade de uma infracção se mede unicamente sobre a gravidade de seus resultados, o adulterio tomaria logar entre os delictos os mais funestos; não sómente elle attinge a santidade do casamento e abala esta base da sociedade, mas tambem elle destroe as affeições da familia, desfaz a familia mesmo, deprava e corrompe os costumes, accende os odios, desperta as vinganças e torna-se uma das causas mais activas dos crimes mais odiosos.

Todavia, o legislador, sem perder de vista essas consequencias fataes, não fez abstracção de um outro elemento de todo delicto, de toda pena, isto é, do gráo de immoralidade que suppõe o adulterio no estado actual dos nossos costumes; elle entendeu, para estabelecer e graduar a pena, constatar não sómente a chaga que incessantemente lavra no corpo social, mas tambem em que gráo a consciencia geral o condemna ou o escusa, e si o agente que soffre a influencia dos prejuizos e dos costumes não haure nesses costumes e nesses prejuizos mesmos uma certa attenuação da acção que elle tem commettido. [1]

Tal é, com effeito, o pensamento expresso dos motivos do Codigo de 1810. Mas, admittindo mesmo a influencia fatal deste prejuizo, é licito pensar que o legislador francez lhe pagava um tributo um pouco largo quando determinava como pena applicavel ao marido adultero uma simples multa.

O legislador belga foi mais equitativo.

O nosso codigo, do mesmo modo que o francez, o belga e outros, não define o adulterio.

Esta palavra, porém, na phrase dos autores citados, é portadora de sua propria significação, e a sua etymologia só explica o seu sentido: *adulterium ad alteram thorum vel uterum accessio.* O adulterio é a profanação do leito nupcial, a violação da fé conjugal consummada corporalmente: *alieni thori violatio*, como dizia Farinacio.

Referindo-se á falta de definição da lei franceza, Garraud accrescenta que é de tradição que o adulterio suppõe a reunião e a coexistencia de tres condições: 1ª, a consummação das relações illicitas; 2ª, o facto que os culpados, ou ao menos um delles, seja casado; 3ª, a vontade ou a intenção criminosa.

São esses, portanto, os elementos constitutivos da figura do art. 279 do texto do nosso codigo; e nelles se accordam os outros autores que aqui temos citado interpretando as mesmas fontes.

---

[1] Chaveau, Hélie e Villey, OBRA CIT., 4º vol. pag. 343, n. 1603.

A união dos sexos é o facto *material* do delicto; ella deve ser *consumada*, porque a lei não pune a *tentativa*. Já era assim na antiga jurisprudencia. Todo habito ou familiaridade, diz Fournel, que não tendesse á satisfação dos sentidos seria incapaz de produzir um adulterio. O acto o mais obsceno commettido com uma mulher casada não é um adulterio si elle não consuma esta união natural dos sexos.

125. Passemos ao segundo elemento, isto é, o facto de ser casado um dos culpados.

Nypels suscita e resolve aqui uma questão.

O divorcio dissolve o casamento, e consequentemente exclue dahi em diante o adulterio da mulher divorciada.

A separação do corpo, ao contrario, faz subsistir o casamento; a mulher separada do corpo fica ainda obrigada ao dever de fidelidade ao seu marido; si ella viola este dever, ella póde ser processada por adulterio.

Quanto ao marido, elle não é punivel por adulterio sinão quando entretem uma concubina na casa conjugal; depois do julgamento que tem decretado a separação, não ha mais casa conjugal: o marido póde, pois, impunemente, entreter uma concubina, ainda mesmo na casa que era, antes da separação, a casa conjugal.

Isto não é equitativo, mas é conforme á lei. [1]

Nós não admittimos outra solução ante o art. 279 do texto do nosso Codigo Penal, que pune o adulterio do « marido que tiver concubina teúda e manteúda», mesmo fóra do domicilio conjugal.

A nossa separação dos corpos é quasi um divorcio, embora não importe a ruptura do vinculo conjugal.

O decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, diz:

« Art. 88. O divorcio não dissolve o vinculo conjugal, mas autorisa a separação indefinida dos corpos e faz cessar o regimen dos bens, como si o casamento fosse dissolvido. »

Que no caso de adulterio possa ser punido tanto um como outro dos semi-divorciados, seria uma solução facil e ao mesmo tempo equitativa.

Mas entendemos que, sinão a lettra, o espirito do nosso direito se oppõe a isso.

E' pelo menos uma inferencia do § 2º do art. 279, que declara ficarem os conjuges privados do exercicio do direito de accusação deste crime, si por *qualquer modo* houverem *consentido* no adulterio. Esta condição presuppõe a convivencia de facto dos conjuges como meio de vigiarem-se mutuamente, sendo o consentimento uma presumpção dedu-

---

[1] Nypels, OBRA CIT., vol. 2º, art. 387, pag. 536, n. 5.

zida dos actos, circumstancias e manifestações occurrentes nas suas relações mutuas, o que absolutamente não se póde dar na separação.

O Cod. Ital., art. 355, e o do Uruguay, art. 303, consideram a separação legal como uma attenuante e aquelle ainda como tal o abandono do lar pelo outro conjuge, e no art. 356 não admitte a querela da parte do conjuge que deu causa á separação.

O Cod. Argentino não resolve a questão, mas o Dr. Rivarola segue neste ponto a solução do direito francez.

E' escusado notar que Garraud opina do mesmo modo que Nypels e outros autores francezes e belgas. [1]

Vamos referir-nos á mesma doutrina seguida por autores italianos e allemães, resolvendo ao mesmo tempo outra questão que este elemento do adulterio ainda suscita e que para nós aliás não offerece duvida.

Para haver delicto, diz Puglia, precisa que o casamento seja juridicamente realisado, de onde resulta que si a mulher está *ecclesiasticamente* unida com um homem e se une carnalmente com outro, ou si o matrimonio é nullo por impotencia absoluta do marido ou por outras causas, fica excluida a noção do delicto de adulterio. E aqui observamos que si em seguida á união carnal, que se pretenda qualificar como adulterio, se apresenta em juizo o pedido de nullidade do casamento, precisa suspender o processo penal até a decisão do juizo civil.

E porque a separação pessoal admittida pelas leis civis italianas não exclue o vinculo conjugal, haverá adulterio quando a mulher separada do marido unir-se carnalmente com outro homem. [2]

A simples separação de cama e mesa, diz Berner, não dissolve o matrimonio; assim, o conjuge separado póde tornar-se responsavel de adulterio, si bem que em tal caso a pena seja muito limitada. [3]

Nós adoptamos a opinião de Carrara pelos motivos em que assenta.

Para sustentar que a separação legal dirime a criminalidade e faz cessar o caracter publico do adulterio, diz elle, argumenta-se com a consideração de que a punibilidade do adulterio tem o seu principal fundamento na incerteza da prole, no perigo que ao marido ameaça de alimentar filhos que não são seus e no relaxamento dos vinculos da familia;

---

[1] Dr. Rivarola, OBR. CIT., vol. 2º, pag. 122, n. 561; Garraud, OBRA CIT., 4º vol., pag. 539, n. 516.

[2] Puglia, MANUALE CIT., 2º vol., art. 353; pag. 229. Este autor reproduz a opinião de Pessina: *Elementi cit.*, 2º vol., § 154, pag. 311, II.

[3] Berner, OBRA CIT., pag. 359, cod. all., § 172.

de onde resulta que todos estes perigos, sendo eliminados, parece cessar toda a razão de punibilidade.

Accrescenta-se tambem que a honra do marido não vem de certo modo a ser vulnerada pelos desregramentos da mulher que não está mais sob o seu governo, e da conducta da qual cessou para elle toda responsabilidade diante do publico. [1]

Accrescenta-se ainda que em muitos casos a separação póde ter sido decretada por causas resultantes de culpa do marido e então pareceria barbaro si a mulher, que a justiça tem julgado dever subtrahir á sua brutalidade, abandonasse-a como joguete perpetuo da mesma, dando a elle força para infligir-lhe molestia continua com querellas por qualquer suspeita ou atiral-a no carcere por uma fraqueza que não o prejudica e da qual foi elle mesmo em substancia a primeira causa culpavel.

Estas razões, confessa Carrara, induziram-no a adherir á opinião de Giuliani.

Elle renova estas observações commentando o Codigo Italiano. [2]

Sobre a outra questão o Dr. Rivarola faz a seguinte observação :

« O *casamento* CIVIL, por exemplo, dá lugar á possibilidade de que se discuta, si terá logar a acção de adulterio contra a mulher que se houver ligado por um vinculo *puramente* RELIGIOSO, sob o imperio da lei que exige o civil. No caso tratar-se-hia de um casamento *illegal* e a acção de adulterio não póde fundar-se sinão sobre a existencia de um casamento legal.» [3]

Entre nós é a propria Constituição Federal que declara no art. 72:

«§ 4.º A Republica só reconhece o *casamento* CIVIL, cuja celebração será gratuita.»

Uma questão *prejudicial* que se póde levantar na acção criminal por adulterio.

---

[1] O nosso decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, diz :

« Art. 92. Si a mulher condemnada na acção do divorcio *continuar a usar do nome do marido*, poderá ser accusada por este como incursa nos arts. 301 e 302 do Codigo Criminal. »

Estes artigos correspondem á seguinte disposição do nosso Codigo Penal vigente :

« Art. 379. Usar de nome supposto, trocado ou mudado, etc.

« Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a mulher que, condemnada em acção de divorcio, continuar a usar do nome do marido. »

E' uma contravenção punida com 15 a 60 dias de prisão cellular. E' o *coup de grâce* na questão.

[2] Carrara, PROGRAMMA, *Part. Spec.*, 3º vol., § 182, pag. 329. O mesmo, COMMENTO CIT. arts. 355 e 356, pag. 215.

[3] Dr. Rivarola, OBRA CIT. *loc. cit.* n. 560.

Uma mulher é processada por crime de adulterio, diz Hoffman; ella sustenta, como meio de defesa, que o casamento que ella tem contrahido está inquinado de *nullidade* A validade deste casamento poderá ser julgada pelo tribunal correccional *incidentemente* com o processo de adulterio? Sim, diz Haus. Mas a maior parte dos autores responde não e com mais razão, conforme a nossa opinião [1]

A' opinião de Hoffman se alliam Chauveau, Hélie e Blanche; a mesma divergencia se nota entre os autores italianos, quanto á jurisdicção que deve resolver o caso.

Nypels e Garraud, porém, são de diverso parecer.

Opinamos com este que as questões de existencia ou validade do casamento se podem levantar *incidentemente* diante dos tribunaes criminaes quando a infracção que faz objecto do processo suppõe no accusado ou indiciado a qualidade de esposo como no crime de *adulterio* ou no de bigamia.

Qualquer que seja a hypothese, é mister reconhecer aos tribunaes criminaes o direito de verificar a *existencia* ou a *validade* do casamento ou dos casamentos, das quaes depende o fundamento da querela ou da accusação. Não se trata, com effeito, como se diz muitas vezes, de uma questão devolvida muitas vezes pela lei aos juizes civis, o art. 326 do Cod. Civil, indicando que « estes tribunaes são os unicos competentes para estatuir sobre as reclamações de estado», porque este texto é especial á filiação e é um erro dar-lhe o caracter de um principio regendo todas as questões que interessam á constituição da familia. Na ausencia de uma disposição excepcional, é mister ater-se á regra geral, conforme a qual o juiz chamado a conhecer de uma infracção está naturalmente investido do poder de verificar a existencia de todos os elementos constitutivos desta infracção e por conseguinte de decidir, estatuindo sobre o fundo do processo, todas as questões relativas a estes elementos. [2]

Mas sobre o fundo do direito, mesmo no crime de adulterio, diz von Liszt, que é condição deste a existencia material de um casamento (portanto não nullo), embora impugnavel, annullavel. [3]

Berner, considerando o adulterio, *vis-à-vis* do *divorcio* como dissolução do vinculo conjugal, diz que a extensão da pena a casos de consequencias menos graves não é possivel. Sómente onde tem logar aquella consequencia da dissolução é a pena fundada legalmente.

---

[1] Hoffman, QUESTIONS PREJUDICIELLES CIT. 2º vol. pag. 479, n. 495.
[2] Garraud, OBRA CIT., vol. 4º, pag. 536, n. 511 *b*.
[3] Dr. Franz von Liszt, OBRA CIT.., 2º vol., § 114, pag. 161 *in fine*.

Tal consequencia não se pode verificar quando o matrimonio é *nullo*; um casamento nullo não póde ser dissolvido, mas sómente declarado nullo, com o que não só não resulta uma consequencia damnosa, mas, ao contrario, um restabelecimento da ordem moral e juridica. Alguma cousa menor do que aquella consequencia se verifica quando os conjuges se separem de cama e mesa, mas não se realise a dissolução do vinculo. [1]

Nós não nos conformamos com a opinião restricta de von Lszit que Berner não parece seguir; porque entendemos que seja o casamento *nullo* ou *annullavel* elle não offerece base para assentar um dos elementos essenciaes do crime, isto é, um casamento realmente existente juridicamente, preferindo a opinião de Carrara sobre este ponto.

Este ultimo autor, alludindo á opinião de Brousse, diz que alguns distinguem entre nullidade *absoluta* e nullidade *relativa* [2]. O matrimonio nullo por nullidade absoluta não existe aos olhos da lei: não póde, por conseguinte, produzir o effeito do adulterio; mas o matrimonio nullo por nullidade relativa, subsiste até quando aquelle dentre os conjuges que tinha direito de fazel-o rescindir, não o tenha feito e até este momento o conjuge está ligado pelo dever de fidelidade.

Por mais seductora, porém, que possa parecer esta distincção, duvido que se possa admittil-a, pela razão de que a nullidade (uma vez declarada), tirando ao conjuge offendido o direito de dar utilmente o perdão, acarretaria o absurdo de reduzir á peior condição o adulterio, cujas nupcias tivessem sido viciadas. [3]

Insistimos mais nestas questões para fazer applicação dos principios communs á *bigamia* no seguinte capitulo, sem necessidade de repetições.

126. O terceiro e ultimo elemento constitutivo do delicto do adulterio é a intenção culpavel, o dólo ordinario ou má fé.

A vontade criminosa póde faltar n'uma mulher casada, quando, por exemplo, induzida em erro por engano, ou privada do uso de seus sentidos por qualquer artificio, ella se tem entregado a um estranho, crendo entregar-se a seu marido. O facto innocente em relação á ella constitue no caso o crime de estupro para o seductor.

As leis romanas citam um outro caso de ausencia de dólo, aquelle em que uma mulher, crendo-se viuva, depois de indicios serios e provaveis, entreteria ligações com um outro individuo.

---

[1] Berner, OBRA CIT., pag. 359, n. 2.
[2] Brousse, DE L'ADULTERE, pag. 196.
[3] Carrara, PROGRAMMA CIT., § 1883, pag. 334, *in fine*.

Seria mister, diz Nypels, provas bem convincentes da boa fé da mulher para que esta hypothese fosse admittida como causa de justificação.

Puglia, seguindo a Pessina, enumera minuciosamente casos negativos de dólo especifico, incluindo o da *seducção*, que o ultimo não inclue e cuja opinião preferimos, porque realmente a simples seducção da mulher casada encarna o dólo especifico do seu adulterio. [1]

O § 2º do art. 279 do texto do codigo penal diz que a accusação deste crime é licita sómente aos conjuges que ficarão privados do exercicio deste direito, *si por qualquer modo houverem consentido* no adulterio.

Esta disposição reproduz a do art. 252 do cod. ant. cuja fonte mediata ou remota foi o direito romano adoptado na Ord. do Liv. 5º Tit. 25 § 9, tendo sido talvez a fonte proxima o cod. hespanhol de 1822, art. 684 que repetia o antigo direito hespanhol e portuguez.

O direito romano punia no caso o marido por lenocinio e a Orden. punia marido e mulher e mais o cumplice ou coréo.

Está subentendido que si houver mais do que *consentimento* ou este fôr acompanhado de condições que caracterisem o lenocinio, neste incorrerá o marido pelo nosso codigo.

O consentimento justifica a excepção, porque equivale à remissão ou perdão da offensa, antecipa-o por assim dizer, não é mesmo uma reconciliação, porque não chegou a haver dissentimento.

O cod. peiorou a disposição do anterior que dizia consentimento *em qualquer tempo* e não *por qualquer modo*, o que é differente e póde originar duvidas na pratica.

A queixa devia caber quando o facto não constituisse lenocinio, o que seria mais logico, como eram o direito romano e o direito antigo delle oriundo.

A queixa privativa e exclusiva do conjuge é justificada pela propria natureza intima das relações entre os conjuges, decoro da familia e a mesma conveniencia publica de não intentar-se processos escandalosos onde e quando os mais interessados o evitam.

Passemos ao art. 280.

A disposição não existia no cod. anterior e as suas fontes devem ter sido os cod. portuguez, art. 401, ou o francez, art. 338, imitado pelo belga, art. 388.

Silva Ferrão censura bastante tal disposição, que realmente estabelece um principio de divisibilidade na prova,

---

[1] Nypels, Obr. cit., 2º vol., art. 387, pag. 537, n. 7; Puglia, Manuale cit., 2º vol., art. 353, pag. 231; Pessina, Elementi cit., vol. 2º, § 154, pag. 312.

quando o processo deve ser indivisivel pelo art. 279 § 1º n. 3º.

Garraud diz apenas, que a lei não tem querido que se pudesse intentar processos temerarios, fundados sobre indicios frivolos e tantas vezes enganadores.

A' vista de tal disposição, nota-se entre o nosso cod. anterior e o vigente uma differença.

Pelo primeiro codigo, art. 253, a accusação devia ser intentada conjunctamente com a dos co-réos; pelo codigo actual, art. 280, só isto será possivel si houver flagrante ou as provas contra o co-réo forem documentos escriptos por elle.

Garraud, seguindo Blanche e a jurisprudencia franceza, diz que a prova escripta que a lei colloca sobre a mesma linha do flagrante delicto resulta de cartas-missivas ou outras peças emanadas do indiciado.

Esta condição é substancial, mas é sufficiente e della é mister concluir que a confissão feita pelo indiciado em complicidade e consignada num interrogatorio a elle feito diante do juiz da instrucção, deve ser assemelhado á uma peça escripta e constituir a prova exigida pelo art. 338 do codigo francez. [1]

Com relação á materia dos arts. 279 e 280 encontramos o seguinte aresto:

Crime de adulterio — seus elementos caracteristicos.

O abandono do domicilio conjugal não é isoladamente uma presumpção de adulterio; não se provando que elle tivesse como fim o adulterio, prevalece a presumpção da innocencia do conjuge accusado.

Intelligencia dos arts. 279 e 280 do codigo penal: sentença do Dr. Viveiros de Castro, juiz do Tribunal Civil e Criminal, de 14 de agosto de 1897. [2]

Passemos ao art. 281 e Paragrapho unico e ultimo do texto do capitulo do codigo, que não tem semelhante no codigo anterior.

A disposição do artigo tem a sua fonte no italiano, art. 356; a do paragrapho no codigo portuguez, art. 402, paragrapho unico; sendo um pouco semelhante á do codigo belga, arts. 387 e 389.

Para justificar a reducção do prazo da prescripção do crime de adulterio a tres mezes, basta considerar com Carrara, que a sabedoria da disposição que fixa em tres mezes a prescripção da acção penal para semelhantes crimes, se

---

[1] Silva Ferrão, Obr., cit. 7º vol., art. 401, pag. 271; Garraud, Obr. cit., vol. 4º, n. 526, pag. 556. Levy Jordão opina com o primeiro — *Obr. cit.*, 4º vol. art. 401, pag. 183.

[2] O Direito, vol. 74, pag. 301.

revela por si mesma, desde que se tenha em mente a indole especial do crime, e ás facilidades que o legislador deve conceder para reconduzir a paz ás familias em que houver turbação. Além disto, não é logicamente presumivel, que um marido ou uma mulher, que por tres mezes ficaram inertes sob o peso d'uma injuria tão grave, sejam induzidos depois a agir pela razão sómente de reivindicar o seu amor proprio ou a sua dignidade offendidos. [1]

O art. 281 diz tres mezes contados da data do crime quando na sua fonte estava — do dia em que o conjuge offendido tenha tido noticia do facto.

E realmente o offendido póde ter estado ausente.

E a proposito Pessina observa que sobre o significado da *noticia* havida surgem interpretações oppostas; mas a palavra da lei é muito clara, porque a *noticia* importa não só o annuncio ou informação pura e simples, mas tambem o conhecimento adquirido com tal gráo de credibilidade de gerar a convicção em relação á verdade do facto mesmo. [2]

O nosso codigo penal não viu isto, preferiu *tout court* impedir quasi a acção penal.

A materia do paragrapho unico do art. 281 é uma consequencia do direito que tem o conjuge de não dar queixa ou de desistir da accusação.

Mas no caso deste paragrapho Silva Ferrão censura a disposição do codigo portuguez de 1852, art. 402, por se estender ao co-réo.

Realmente o codigo belga, que contém disposição semelhante, não estende o beneficio, conforme a opinião de Nypels, ao co-réo. [3]

CAPITULO VI

DO ULTRAGE PUBLICO AO PUDOR

CODIGO

Art. 282. Offender os bons costumes com exhibições impudicas, actos ou gestos obscenos, attentatorios do pudor, praticados em logar publico ou frequentado pelo publico, e que, sem offensa á honestidade individual de pessoa, ultrajam e escandalisam a sociedade :

Pena — de prisão cellular por um a seis mezes.

---

[1] Carrara, COMMENTO CIT., art. 356, pag. 215.
[2] Pessina, MANUALE CIT., § 249, pag. 279.
[3] Silva Ferrão, OBR. CIT., 7º vol., art. 402, pag. 277. Nypels, Obr. cit., 2º vol., art. 387, pag. 538, n. 9.

COMMENTARIO

127. Este capitulo corresponde ao V deste titulo do codigo penal pelo arranjo que fizemos já anteriormente notado e justificado.

No projecto primitivo de 1893 não incluimos o ultrage publico ao pudor ou honestidade individual de alguem, como fazem o codigo italiano e o portuguez que punem duplamente como delicto e contravenção quasi que o mesmo facto.

Tambem a disposição do texto não figura nos projectos posteriores. O nosso codigo anterior, art. 280, punia como contravenções taes factos, estendendo a punição aos escriptos, art. 279, como modernamente fazem o codigo italiano e outros.

A' parte a casuistica costumada da dicção do texto, a sua fonte foi o codigo italiano, art. 338, ou antes o respectivo projecto de 1887, tendo disposições semelhantes o codigo francez, art. 330 e o belga, art. 385.

Commentando as disposições parallelas do codigo italiano, diz Majno, que a defesa da decencia publica é objecto de taes disposições, tendo a sociedade direito de ser respeitada no sentimento do pudor, na sua dignidade. A *publicidade* é a base essencial da existencia deste delicto.

E realmente, os termos do art. 282 do nosso codigo não deixam duvida sobre isto. O mesmo autor, referindo-se especialmente ao art. 338 observa que actos que podem parecer incriminados por este artigo podem incorrer em penalidades mais graves doutras disposições deste titulo.

Quanto ao elemento intencional, consiste no escopo de causar ultrage ao pudor ou aos bons costumes.

Conforme Impallomeni, a acção deve ser voluntaria, mas nem por isso se deve exigir a intenção de fazer offensa ao pudor ; offende o pudor e os bons costumes aquelle que voluntariamente age de modo a offendel-os e não é necessario que se queira offendel-os. [1]

CAPITULO VII

DA BIGAMIA, PARTO SUPPOSTO E OUTROS FINGIMENTOS

CODIGO

Art. 283. Contrahir casamento mais de uma vez, sem estar o anterior dissolvido por sentença de nullidade, ou por morte do outro conjuge :

Pena — de prisão cellular por um a seis annos.

---

[1] Majno, COMMENTO CIT., Part. II, art. 338, pag. 70, n. 2220 a 2222.

Paragrapho unico. Si a pessoa tiver prévio conhecimento de que é casado aquelle com quem contrahir casamento, incorrerá nas penas de cumplicidade.

Art. 284. Celebrar o ministro de qualquer confissão as ceremonias religiosas do casamento, antes do acto civil :

Penas — de prisão cellular de um a seis mezes e multa de 100$ a 500$000.

Art. 285. Simular gestação e dar parto alheio por seu ; ou tendo realmente dado á luz filho vivo ou morto, sonegal-o ou substituil-o :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá :

1°, o marido, ou pessoa que cohabite com a ré e que auxiliar, ou simplesmente assentir á perpetração do crime ;

2°, o facultativo ou parteira que, abusando de sua profissão, cooperar para o mesmo resultado, impondo-se-lhe mais a pena de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da prisão.

Art. 286. Deixar de fazer, dentro de um mez, no registro civil, a declaração do nascimento de criança nascida, como fazel-a a respeito de criança que jámais existira, para crear ou extinguir direito em prejuizo de terceiro :

Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

Art. 287. Fazer recolher a qualquer asylo de beneficencia, ou estabelecimento congenere, filho legitimo ou reconhecido, para prejudicar direitos resultantes do seu estado civil :

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos.

Art. 288. Usurpar o estado civil de outrem, fingindo parentesco, ou direitos conjugaes, por meio de falso casamento ; ou simular o estado de casado para prejudicar direitos de alguem ou de familia :

Pena — de prisão cellular por um a quatro annos.

COMMENTARIO

128. Reduzimos a este capitulo a materia do codigo penal que constitue o seu tit. IX, menos o cap. IV que, segundo opportunamente notámos, pertence a outros titulos e nelles tem sido e ha de ser tratada. Não fizemos dos artigos do texto a distribuição conforme o plano dos projectos de revisão, porque elles conteem materia que o codigo não contém, e o codigo contém materia que elles não conteem.

Entretanto dissemos, justificando o projecto primitivo, especialmente sobre os dous arts. 283 e 284 do texto, que são os unicos que correspondem aos do projecto :

Em relação ao conteúdo e merito das disposições, convém fazer algumas observações.

Assim, em relação á bigamia, se tomou como confronto os modernos codigos dos cantões de Friburgo, art. 203, e Zurich, art. 120, da Hungria, art. 251, Italia, art. 359, e Baviera, art. 297.

O nosso codigo de 1830 exige como extremo da bigamia que o primeiro casamento não se tenha dissolvido, o que é

muito vago, e o actual não segue a melhor doutrina adoptada nos citados codigos, que, em face de outros, é preferivel, porque não deixa insoluta a questão e nem a resolve contra os dictames da sciencia. [1]

O elemento necessario á existencia do crime é a validade do casamento anterior e por elle é igualmente responsavel, tanto o casado como o solteiro, que com o casado se casou; podendo nós dizer como Puglia, referindo-nos ao paragrapho unico do art. 283 do nosso codigo penal vigente, que não sabemos a razão da menor gravidade da pena estabelecida para aquelle que, sendo livre, contrahe casamento com pessoa ligada por matrimonio valido. [2]

Tem sido sempre de tradição na Hungria considerar a validade do primeiro casamento como uma condição essencial do crime de bigamia.

O direito penal allemão se contenta com um casamento putativo. [3]

Muitos codigos, taes como o hollandez, o austriaco, etc., não dizem expressamente, si um dos elementos da bigamia é a validade do primeiro casamento.

Mas, do mesmo modo que os codigos acima citados, fazem da validade uma condição *sine qua non* da declaração da culpabilidade.

Em presença de termos menos formaes que nestes codigos, a jurisprudencia, especialmeute em França e na Belgica, se pronuncia no mesmo sentido.

O codigo allemão, § 171, e o projecto austriaco, § 184, dispõem em sentido contrario, elles declaram que ha bigamia, si o novo casamento é contrahido antes que o precedente tenha sido dissolvido, annullado ou declarado invalido. [4]

A doutrina que preferimos não soffreu impugnação, nem no seio das commissões e nem das camaras italianas, subsistindo o projecto Zanardelli nesta parte sem alterações. [5]

A outra figura criminosa é um succedaneo das disposições relativas ao codigo actual e do anterior, mas alterada de accordo com o que parece ser o direito vigente diante do art. 72 § 4º da Constituição.

A fonte proxima foi o novo codigo da Hungria, cujos annotadores consignam judiciosamente que não se trata de

---

[1] Zanardelli, Relazione cit., III, pag. 247.

[2] Puglia, I reati di libidine e contro i buoni costumi, Napoli, 1886, pag. 134.

[3] Martinet & Dareste, Code Pénal Hongrois, Paris, 1885, art. 251, nota.

[4] Lacointa, Code Pénal d'Italie, Paris, 1890, art. 359, nota

[5] Villa Relazione cit., Roma, 1888, pag. 231; Costa. Relazione cit., Torino, 1888, pag. 229.

impedimento por casamento anterior, a que se refere o artigo precedente, reprimindo o facto especialmente.

A penalidade attinge com outra pena accessoria o juiz e official que concorrerem para o facto.

O ultimo capitulo deste titulo comprehende a suppressão troca e supposição de estado que resumem os modos de alterar o estado civil, cuja veracidade é uma das bases da sociedade familiar, como dizia Zanardelli no parlamento italiano. [1]

Em relação sómente ao respectivo estado civil é do que aqui se trata exclusivamente, no tocante a outras relações, o infante é tutelado por sancções penaes diversas que figuram no titulo relativo á pessoa.

As rasões da classificação foram dadas no referido parlamento. [2]

No direito romano o delicto das *binae nuptiae* era punido a principio com a infamia e dava lugar a consequencias civis de reparação. Depois, a *Lex Julia de adulteriis* punia como culpado de estupro aquelle que *ficto coelibatu* contrahisse novas nupcias, e punia como adultera a mulher que contrahia segundas nupcias, vivendo ainda o marido. Mas Justiniano exasperou a pena até o ultimo supplicio.

Dos germanos, Pessina recorda as palavras de Tacito: *singulis uxoribus contenti sunt, exceptis paucis qui non libidine sed ob nobilitatem plurimis ambiuntur nuptiis*. A igreja christã fortificou o conceito da punição severa da bigamia e entre as varias penas contra ella adoptou tambem a excommunhão.

E sobre estas fontes a legislação intermedia puniu severamente a bigamia.

Assim a Orden. Liv. 5º, Tit. 19, punia com a morte o crime de bigamia.

Entretanto o rigor da pena foi moderado nas leis do seculo 19º. A' pena de 12 annos de galés do codigo de 1791 substituiu o francez de 1810 a de trabalhos forçados temporarios.

Mas os codigos posteriores farão muito maïs além na attenuação. O direito inglez pune os bigamos com a servidão penal até 7 annos; e o autor citado ainda, referindo-se ao Codigo Penal do Brazil que impõe o carcere com a obrigação do trabalho por 1 a 6 annos, accrescenta que em geral a legislação contemporanea é mais branda do que as precedentes para este delicto. [3]

---

[1] RELAZIONE CIT. III, pag. 250; Villa, RELAZIONE CIT., pag. 231, Costa, RELAZIONE CIT., pag. 231.

[2] EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS do *projecto* de 1893, pag. 18.

[3] Vid. Carvalho Durão sobre a critica deste cap. do cod. O DIREITO, vol. 55, pag. 211, VI, *Bigamia e aleivosia*.

29. Os criminalistas alludem, pelo menos, á controversia entre os autores sobre a questão de saber, si a bigamia deve constituir ou não uma figura criminosa especial.

Pessina no mesmo lugar não suscita, mas justifica o conceito.

Suman tambem justifica-o, referindo-se á opinião contraria.

Este ultimo autor observa, em resumo, que o bigamo produz com o seu facto um alarma, pois que todo marido e toda mulher póde temer tornar-se victima do mesmo engano.

A segurança publica é offendida e esta offensa só se previne com a pena. Seja tambem a bigamia uma violação de contracto, mas trata-se de um contracto, cujas condições são estabelecidas pela lei, porque regulam os direitos dos conjuges e a ordem nas familias.

Lesadas, pois, estas condições, são lesados os direitos e e a ordem sobreditos, e é desta lesão que além do damno do offendido, nasce aquella perturbação entre os cidadãos que reclama a intervenção da justiça punitiva. E' por isso que outros sustentão o caracter delictuoso do facto e que nós vemos que esta segunda opinião seja a mais exacta.

Pessina, a seu turno, argumenta' com a instituição monogamica do matrimonio pela *individua vitae consuetudo*, que veda absolutamente que, subsistindo o vinculo conjugal, qualquer dos conjuges contraia um outro casamento. E não só este deve ser fulminado por nullidade radical, mas *deve ser incriminado*, como estando em contradicção com o principio organico (monogamia) da sociedade domestica, como um facto em que *ha necessidade mesmo da falsidade* para poder verificar-se, e como um facto que produz consequencias damnosas, quer delle nasça prole, quer se limite a uma simples união sexual que permaneça infecunda.

Todas as nações que teem acolhido o principio monogamico têm incriminado aquelles que passam a contrahir um segundo casamento quando seu primeiro casamento não está ainda dissolvido.

Entretanto, graças ao progresso das ideias juridicas, a punição pelo delicto de bigamia torna-se sempre mais attenuada e correspondendo melhor á natureza do delicto na legislação penal moderna, sendo todavia sempre notavel a maior severidade para a bigamia do que para o adulterio e o concubinato. [1]

---

[1] Crivellari & Suman, OBR. CIT., vol. 7º, pag. 672, n. 139; Pessina, MANUALE CIT., § 251, pag. 280. No mesmo sentido: Garraud, OBR. CIT. vol. 4º, pag. 557, n. 527.

Seja-nos licito consignar a opinião de Pio Viazzi, que implicitamente refuta a contraria:

O conceito do crime de bigamia contém em si uma contradicção nos termos.

O que faz o *Chiunque* do codigo e dos tratados para contrahir um casamento, si elle já está ligado por outro valido? O primeiro vinculo exclue a possibilidade do segundo; logo, o segundo casamento não existe, porque a sua nullidade, *á priori*, está já determinada pela validade do primeiro.

O elemento intencional deveria ser procurado na vontade de contrahir um segundo matrimonio, entretanto o culpado tem a sciencia de estar vinculado pelas primeiras nupcias; mas este conhecimento do vinculo precedente é tambem sciencia da impossibilidade legal absoluta do novo vinculo, donde resulta que a vontade de *contrahir* se reduz a vontade de *simular o contracto*. A objectividade do delicto se faria consistir na offensa do primeiro contracto; mas o primeiro contracto não póde resentir offensa de mil contractos successivos, os quaes não teem a força de atacar em nada a substancia delle.

O facto é este. A monogamia e a indissolubilidade, fórmas legaes, não podem encontrar offensa sinão no *facto* contrario ao seu conteúdo real, então teremos *adulterio ou concubinato*.

E supprimido este ultimo titulo conforme pensamos, dizemos nós, ficariam *jure constituto*, as outras sancções relativas aos factos contrarios aos bons costumes e á ordem nas familias.

As apparencias de legalidade (celebração de casamento) conclue o mesmo autor, que tal *facto* venha assumir, não mudam a substancia delle e nem cream de frente aos direitos familiares uma figura nova de offensa. . . . .

Viazzi ainda observa que ha sempre modo de achar nelle um facto d'outra sorte punivel.

Na mais benigna das hypotheses ha mentira na declaração de *estado livre*, e si concorrem *falsidades* ulteriores em *papeis*, poderão ser applicadas as penas relativas, levando em conta a maior gravidade da falsidade em proporção á importancia da funcção que se exercita.

Não ha outro crime, si se trata de crime na sua simplicidade.

Depois, o mesmo autor exemplifica os casos que figura como representantivos de crimes a que póde dar lugar o facto que o codigo italiano, o nosso e todos consideram como um delicto *per se*, isto é, a bigamia.

Em primeiro lugar o adulterio, quando a celebração das nupcias seja acompanhada da consummação material do falso casamento — *adulterio* para a mulher, *concubinato* para o homem.

Depois, haverá no mesmo caso uma figura especial de conjuncção carnal fraudulenta, por seducção, como diz Carrara, quando um casado « conscio da sua situação, illuda uma donzella ignara e a leve ao altar ». A conjuncção carnal com engano não é prevista expressamente pelo codigo italiano, mas esta fórma de bigamia é contemplada, em parte, tambem quando não haja consumação de matrimonio, na qualidade de aggravante, na alinea do art. 359, que augmenta a pena « si o culpado tenha induzido em erro a pessoa com a qual tenha contrahido matrimonio, sobre a liberdade do estado proprio ou da outra ». [1] E a proposito, aceitando por um momento o systema do Codigo italiano, não sei dar a razão do por que a commissão real não acolheu a prudente proposta de Brusa, que para evitar equivocos, queria additar — tenha induzido em erro *com artificios fraudulentos*, — não tendo justificado a aggravante, só porque o culpado tenha feito a declaração de ser livre — necessaria para qualquer caso.

Surgirá a verdadeira e propria fraude, mixta, si as circumstancias fizerem emergir a figura della, com os outros crimes, quando da parte do réo se haja posto em obra um engano para conseguir o matrimonio ficticio, com o escopo d'uma vantagem qualquer. [2]

130. Passemos á analyse especial do art. 283 do texto do nosso codigo penal, cuja fonte parece ter sido o art. 249 do codigo anterior, reproduzido nos portuguezes, art. 337, sendo que a dicção deste é mais semelhante á do codigo hespanhol anterior, art. 385.

Não podia porém ser mais infeliz a redacção do art. 283 do texto, porque alterou para peior a do codigo anterior e é mesmo inferior á redacção tão censurada por duvidosa do codigo penal francez, art. 340, belga, art. 391, e outros.

O nosso codigo penal, timbrando só em ser casuistico, considera que ha bigamia no facto de «contrahir matrimonio mais de uma vez, *sem* estar o anterior *dissolvido* por sentença de *nullidade*, ou por *morte* do outro conjuge».

O nosso codigo penal esqueceu outro caso — a *annullação*, porque si a interpretação deve ser rigorosa, como não póde deixar de ser, si se alambicam os termos e os *casos*, os casos e termos não incluidos expressamente ficam naturalmente fóra da sancção penal.

E quando o codigo penal foi publicado já vigorava a mezes a lei n. 181 de 24 de janeiro de 1890, arts. 61 e 63, que, conforme dissemos, distingue nestas disposições o casamento *nullo* do *annullavel*.

---

[1] A aggravante não figura no nosso codigo, mas foi adoptada no projecto de 1899, art. 287, paragrapho unico, que accrescenta: *illudindo-a* sobre o seu estado, etc.

[2] Pio Viazzi, SUI REATI SESSUALI, CIT. cap. XI, *Bigamia*.

De modo que da exquisita redacção do art. 283 resulta o absurdo de que haverá bigamia quando tiver havido um primeiro casamento *nullo*, mas não haverá quando o casamento fôr *annullavel*, porque o codigo nem declina esta hypothese, nem dá uma formula geral, como fazem outros.

E' o direito de outros paizes, ás avessas, como, por exemplo, o inglez, onde não escusa da imputação de bigamia oppôr que o segundo matrimonio é nullo por consanguinidade ou outro vicio; mas si é *nullo* o primeiro, o segundo fica isento da tacha de bigamia; entretanto não está isento, si o casamento seja *sómente* ANNULLAVEL. [1]

Assim, o codigo allemão diz, o que é muito differente:

«§ 171. O casado que contrahe um novo matrimonio antes que o precedente seja *dissolvido, declarado invalido* ou *nullo*, como tambem o solteiro que contrahe matrimonio com pessoa casada, conhecendo-a como tal, etc.»

E o de Zurich:

«§ 120. E' culpado de bigamia o conjuge que, sabendo estar ainda vinculado por casamento precedente *valido*, contrahe outro.»

No mesmo sentido tambem os codigos suissos dos cantões de Vaud, art. 206; Valais, art. 209; Friburgo, art. 203; Tessino, art. 267; Genebra, art. 203 e outros, cuja comparação póde ser apreciada em obra especial. [2]

O anteprojecto do codigo penal suisso unico define a bigamia:

«Art. 126. O conjuge que, antes da *dissolução* de seu casamento, contrahir novo, etc.»

Nota-se aqui que se deixa á pratica, á applicação ou á execução da lei, a solução das questões. [3]

O codigo da Baviera, obra prima no seu genero e talvez até hoje em certos pontos, dispõe:

«Art. 207. O esposo que, durante a constancia de um matrimonio *valido*, contrahir novo com outra pessoa» etc...

Devemos notar de modo especial que nesta questão de doutrina estamos de accordo com o illustre autor dos *Estudos de direito criminal*, que escreveu um capitulo magistral de exposição, de critica e de legislação comparada sobre o assumpto.

O nosso codigo anterior dizia:

«Art. 249. Contrahir matrimonio segunda, ou mais vezes, sem se ter dissolvido o primeiro.»

---

[1] Seymour Harris, OBR. CIT. cap. 8º, pag. 88.

[2] Carl Stooss, SCHWEIZERISCHEN STRAFGESETZBUCHER, Basel und Genf, 1890, pags. 442 e segs.

[3] VORENTWURF CIT., art. 126, pag. 70.

Foi a fonte alterada do art. 283, sendo a fonte primitiva o codigo penal francez, igual ao belga, cujos termos são :

« Aquelle que, estando vinculado pelos laços do matrimonio, contrahir um outro antes da dissolução do precedente, etc...»

Da analyse dos elementos do crime se tornará evidente o absurdo do texto do nosso codigo penal e que uma praxe racional, outros principios e outras disposições do nosso direito impõem o dever de melhoral-o na applicação.

O primeiro elemento do crime é que o agente esteja vinculado pelo laço matrimonial. E', pois, mister que o casamento anterior seja *valido* aos olhos da lei, si não é valido não é um vinculo juridico.

Si no momento do segundo casamento ser contrahido o primeiro estivesse dissolvido pela morte de um dos esposos, a celebração do segundo casamento não constituiria mais crime de bigamia, ainda quando o esposo sobrevivente que contrahe esse casamento ignorasse a morte de seu conjuge, porque, neste caso, bem que o pensamento do agente possa ser criminoso, o facto material do crime effectivamente não chegou a produzir-se. [1]

Seria ainda assim, diz Nypels, e com elle Merlin e Blanche, si o primeiro casamento, bem que *inquinado* de *nullidade,* não tivesse *ainda* sido annullado pelo juiz, no momento da celebração do segundo casamento. A lei, com effeito, *não* póde admittir que o casamento *annullavel* (mesmo) torne-se o elemento do crime de bigamia, porque, neste caso, o agente seria punido, *não* como *bigamo, mas* por ter *negligenciado em fazer annullar* o seu casamento precedente. [2]

Merlin pergunta si se póde condemnar um accusado antes que a prova do crime que lhe é imputado seja feita de modo irrefragavel? Não, sem duvida. Póde-se condemnal-o sem ter a certeza de que a acção que constitue seu pretenso crime não perderá, por um acontecimento que póde sobrevir, o caracter de crime? Ainda não. Póde-se condemnar *provisoriamente*? Absolutamente não. Entretanto, o que aconteceria, si o condemnado por bigamia fizesse declarar nullo seu primeiro casamento? Certamente então todos seriam forçados a reconhecer que o pretendido bigamo foi condemnado como tal antes que seu crime fosse constatado; que elle foi condemnado antes que a acção que lhe era imputada como crime houvesse sido julgada irrevo-

---

[1] Lima Drummond, OBR. CIT., pag. 157, cap. VIII, *Bigamia.* Ahi se estuda tambem os projectos de 1893 e 1896, iguaes aos de 1897 e 1899, todos os quaes seguiram o codigo italiano e o hungaro.

[2] Vid. com a jurisprudencia Blanche, OBR. CIT., vol. 5º, pag. 277, n. 217.

gavelmente como criminosa; numa palavra, que elle foi julgado provisoriamente.

Frisando as consequencias desse raciocinio, Merlin conclue que um systema que conduz a taes absurdos não póde estar de accordo com a lei, como não está, nem com a razão nem com a humanidade.

Outros autores acostam-se á opinião deste ultimo. [1]

Garraud nota que a Cassação franceza não parecia admittir que o accusado por crime de bigamia pudesse prevalecer-se das nullidades *relativas*, o que a doutrina *toda inteira* combatia; mas num aresto de 1867, a proposito de um processo por adulterio, mas cujos motivos se applicam igualmente á bigamia, ella decidiu, com effeito, que uma mulher pronunciada por adulterio póde excepcionar com a nullidade do seu casamento, para fazer cahir o delicto a que este casamento serve de base, sem que se tenha a distinguir si a *nullidade* invocada por ella seja *absoluta* ou si ella seja *simplesmente* RELATIVA.

Assim, Nypels diz que, quando um accusado de bigamia oppõe a nullidade do seu primeiro casamento, esta excepção deve ser julgada *previamente*, ella constitue uma *questão* PREJUDICIAL. [2]

Entre nós *quid juris?*

Por peior que seja a dicção do art. 283, felizmente a disposição deste não póde ser applicada á risca, porque essa assenta numa presumpção, desde que o casamento anterior seja nullo ou annullavel, isto é, na presumpção da validade deste, e é o mesmo Codigo, art. 67, que declara que nenhuma presumpção, por *mais vehemente* que seja, dará logar á imposição de pena.

Por outro lado, a Constituição Federal, no § 15 do art. 72, dispõe que — *ninguem* será sentenciado *sinão* pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na *fórma por ella* regulada.

Si aquelle preceito do art. 67 do codigo não é de direito substantivo, mas de adjectivo ou processual, é a ultima disposição constitucional que o fortifica melhor.

E ainda não é tudo. Mesmo para a pronuncia do réo é mister *pleno conhecimento do delicto*, o que importa a sua existencia real e indubitavel: é o principio estabelecido desde 1832 no cod. do proc. criminal, art. 145.

Elle tem sido mantido com o outro a que nos referimos na legislação da Republica, tendo sido reproduzido em mais

---

[1] Chauveau, Hélie e Villey, OBR. CIT., vol. 4º, art. 340, pag. 411, n. 1672.

[2] Vid. tambem Hoffman, OBR. CIT., vol. 3º, no indice a palavra — *Bigamia*.

de um documento legislativo ou regulamentar, como no Decreto n. 848, de 1890, arts. 63 e 64, e *Consolidação das leis referentes á Justiça Federal*, de 1898, arts. 171 e 185.

131. A existencia de um casamento precedente, como acabamos de ver, é o *primeiro* elemento do crime de bigamia; o facto de contrahir um novo casamento ou casamento mais de uma vez, sem estar o anterior dissolvido — como diz o art. 283, é o *segundo* elemento do mesmo crime.

E' o facto unico, na opinião de Garraud, Nypels, Blanche e outros, é o facto só de contrahir um novo matrimonio nestas circumstancias que constitue o crime.

A bigamia não é, portanto, elles dizem, como se tem pretendido, um crime *successivo, permanente* ou *collectivo,* mas um crime *instantaneo, simples,* que está completo no momento em que intervem o contracto fraudulento diante do official do estado civil.

Majno, Suman, Costanzo Calogero e outros autores italianos seguem nas pégadas de Carrara a doutrina dos escriptores francezes.

Pessina é de diverso parecer, que reproduz em resumo em obra sobre o codigo italiano vigente.

O delicto não fica integrado, diz elle, na pura celebração do segundo matrimonio juridico; este é o começo da execução do delicto; mas o delicto se integra com a convivencia de facto em que haja a união sexual. Assim que a *consumação* do segundo matrimonio é *consumação* do delicto; e a celebração só póde constituir uma tentativa, si a descoberta do vinculo precedente foi o impedimento á consumação do matrimonio e independente da vontade do culpado.

Citando o codigo italiano, art. 360, accrescenta que a bigamia é um delicto *continuado*, pelo que a prescripção da acção penal contra ella começa do momento em que a tem feito cessar a dissolução della ou do precedente matrimonio. [1]

A seu turno Viazzi nota que aceitas as noções do codigo italiano, não se póde deixar de approvar o disposto no art. 360, destinado, como dizia o relatorio ministerial, a remover as duvidas e as controversias que surgiram sobre a questão da prescripção em tal crime.

A prescripção decorre do dia em que um dos dous casamentos tenha sido declarado nullo, tratando-se d'um crime (quando se admitta esta figura de crime) *permanente*.

E isto contra a opinião de Carrara, que o crê, ao contrario, um crime *instantaneo*. [2]

---

[1] Pessina, MANUALE CIT., § 253, pag. 283; *Elementi cit.*, vol. 2º pag. 324 § 163, onde a doutrina é expendida com argumentos irrefutaveis.

[2] Pio Viazzi, OBRA CIT., pag. 78. V.

Swinderen considera, tanto a bigamia como o adulterio, uma infracção contra o casamento; mas exigindo a relação sexual o adulterio, é illogico querendo, apezar disso, collocal-os sob o mesmo titulo não exigindo para a bigamia a consumação do casamento. [1]

Tambem Boissonade, não querendo perder a pista dos escriptores da sua patria, apezar de commentar legislação d'um povo muito differente, d'outros costumes que elle mesmo refere e até d'outro continente e de raça muito diversa, chega á estranha conclusão que se trata d'um crime, ora *instantaneo*, ora *successivo*, conforme talvez o ponto de vista...

E vamos reproduzir a sua doutrina, porque para nós o fundamento cardeal da nossa opinião é que a bigamia está antes na relação social (crime contra os bons costumes) do que na simples infracção do contracto (contra o estado civil) e por isso e porque os crimes contra um e outro titulo, sendo impossivel de discriminar, estão reunidos sobre uma só e mesma epigraphe geral nos citados projectos.

Assim, como diz Boissonade, *bigamia implica* o *adulterio*, com um *maior* mal moral, pois que ella tende a assegurar e a dissimular a sua continuidade, e com um maior mal social, pois que ella altera e falseia o estado civil das pessoas, mesmo o dos filhos; tambem a despeito da moderação das penas, não se deixou no projecto (japonez) de propor uma prisão mais forte que para o adulterio.

Não era mister, de certo, considerar a bigamia um crime *continuo*; é verdade que o estado de bigamia dura *emquanto* o novo casamento não é declarado *nullo* pela justiça; mas o delicto tem sido commettido uma só vez e *instantaneamente*, pelo cumprimento das formalidades do segundo casamento, formalidades *tão simples* no Japão que *não* se lhes póde dar o nome de *celebração*.

Daqui surge para Boissonade uma consequencia que a nós parece estranha.

Assim, elle conclue:

Portanto é a partir do segundo casamento que corre a prescripção da acção publica, e esta acção póde ser exercida pelo ministerio publico, *ex-officio* e sem queixa do esposo offendido, porque a ordem social é ainda mais lesada por este delicto que pelo de adulterio.

Mas a prescripção da acção publica, uma vez preenchida, o primeiro marido da mulher bigama poderia ainda processar esta por adulterio, porque o delicto é *então* (é impagavel este *então*) SUCCESSIVO, sendo *presumido* resultar

---

[1] Swinderen, OBRA CIT., vol. 3º, pag. 36.

da co-habitação illegal, tanto que ella não tem cessado ao menos de facto. [1]

Neste ponto o Dr. Lima Drummond segue opinião contraria á nossa. [2]

E de *jure constituto*, com maioria de razão, mantemos a nossa opinião diante do art. 283 do codigo penal que condemnando á pena grave pela intensidade e extensão o bigamo não podia deixar de ter cogitado da consumação do crime pela consumação do casamento, devendo ser classificado como tentativa o facto da celebração do novo casamento ainda não consumado, circumstancia que póde ser um incitamento ao arrependimento do culpado.

Portanto, de accordo com os mesmos principios do codigo italiano, art. 360, deve ser regulada a prescripção, harmonisando-se a regra geral do art. 79 do nosso codigo penal com os principios que aqui estabelecemos; isto é, desde que se trata de um crime *permanente* a prescripção só começa do dia da dissolução de um dos casamentos, ou noutros termos, do momento em que cessa a coexistencia dos dous casamentos formalmente validos.

Esta doutrina, porém, no direito francez e belga, vai de encontro á respectiva jurisprudencia e á excepção de Lesellyer, no dizer de Nypels, Chauveau e Hélie, Trebutien e todos os commentadores, dizem que a prescripção começa a correr do dia em que o segundo casamento foi contrahido.

E' diante dessa doutrina e dessa jurisprudencia que Blanche citando arestos exclama :

« Si a questão não estivesse tão formalmente resolvida pela Corte de Cassação, estar-se-hia autorisado a conceber alguma duvida sobre a solução que ella deve ter.

Comprehende-se difficilmente que 10 annos depois da consumação da segunda união, o bigamo possa viver impunemente entre suas duas mulheres e dar um tal escandalo á sociedade.»

Os autores italianos e a respectiva jurisprudencia dão á questão solução contraria, aliás de accordo com o seu codigo e que aqui adoptamos e conforme os principios geraes do projecto de revisão, de 1899, art. 84.

O terceiro e ultimo elemento do crime de bigamia é o dólo ou a intenção criminosa, a má fé, na phrase do nosso codigo anterior e que consiste para aquelle dos contractantes que é casado no conhecimento que seu primeiro casamento não está dissolvido ; e para o contractante que não é casado o dólo consiste no conhecimento do estado de casado daquelle com o qual elle contracta casamento.

---

[1] Boissonade, OBRA CIT., pag. 1046, ns. 825 e 826.
[2] Lima Drummond, OBRA CIT., *bigamia*, III, pag. 175 e segs.

A Cassação franceza, sob o codigo de 1791 decidia que a boa fé justificativa da bigamia não pode resultar sinão de opinião razoavel, fundada sobre probabilidades muito fortes que levem a crer na dissolução do primeiro casamento. E' provavel, diz Nypels, que o Jury em nossos dias admitta igualmente a boa fé em taes circumstancias. [1]

No paragrapho unico do art. 283 do texto, o nosso codigo penal, com a costumada redacção exquisita, si não obscura, impõe a pena da complicidade ao co-autor da bigamia, quando fôr livre ou solteiro; pois que se ambos forem casados hão de incidir no art. 283, primeira parte.

Já fizemos a devida justiça a essa attenuação da penalidade, que nada justifica, sendo tão criminoso o casado que casa de novo, como o que não é casado que se casa com pessoa casada.

E a vista do que temos exposto até aqui, não nos conformamos com o principio estabelecido no final do importante aresto que passamos a transcrever:

« A lei penal brazileira só se applica ao nacional ou estrangeiro que fóra do paiz tenha commettido os crimes taxativamente enumerados no art. 5º do codigo penal.

Os principios que regulam a extensão da lei penal fóra do territorio constituem materia de direito *substantivo*.

Derogação da lei n. 2615 de 4 de agosto de 1875 e decreto n. 6934 de 8 de Junho de 1878 (regulamento da mesma lei).

A *bigamia* é um crime *instantaneo* e não *continuo*; importancia da distincção e especialmente na hypothese dos autos. » Accordão Superior do Tribunal de Justiça de *S. Paulo* de 16 de julho de 1898. [2]

132. Passemos ao art. 284, explicando ainda que muito ligeiramente o conteudo da disposição do texto, para nós revogada.

O nosso Codigo Criminal anterior não continha essa figura, que é nova, e não foi reproduzida em nenhum dos projectos de revisão do Codigo Penal.

A sua fonte proxima foi o decreto n. 521, de 25 de junho de 1890, art. 2º.

Póde-se considerar como fontes primitivas o Codigo Francez, arts. 199 e 200, e o belga, art. 267.

A infracção prevista e punida por estas disposições, diz Garraud, implica como elemento constitutivo a cele-

---

[1] Nypels, OBR. CIT., 2º vol., art. 391, pag. 576, ns. 2 e segs.; Garraud OBR. CIT, vol. 4º, pag. 561, ns., 532 e segs.

[2] O DIREITO, vol 77, pag. 77. A douta redacção desta Revista, no lugar citado chama justamente a attenção para a importancia do aresto e do lucido e juridico parecer do respectivo Promotor Publico Dr. Auto Fortes, inserindo a integra de ambas as peças.

bração religiosa de um casamento pelo ministro de um culto *reconhecido*, sem justificação prévia da recepção do acto do casamento por um official do estado civil.

Garraud, de accordo com Chauveau e Hélie e Blanche, opina que não ha crime si, embora não exigindo a justificação, o acto civil tiver sido effectivamente realisado antes.

O art. 284 do texto refere-se á qualquer confissão, porque não temos entre nós cultos reconhecidos, mas todos tolerados ou independentes, assim como tendo sido celebrado antes o acto civil, não ha crime, porque a disposição não exige prova previa do acto, basta a certeza de ter sido realisado.

Tambem conforme o direito e jurisprudencia belga, basta segundo Nypels que o casamento civil exista no momento da benção nupcial, ainda mesmo que estivesse sujeito á annullação. O texto (como o do art. 284 do nosso Codigo) não exige mais e a razão da prohibição comminada faz falta desde que um casamento civil, mesmo annullavel, tem sido precedentemente contrahido mesmo no estrangeiro.

Assim tem sido julgado que se o casamento civil tem sido regularmente celebrado em paiz estrangeiro, o ministro do culto que dá benção nupcial antes da transcripção na Belgica do acto da celebração, não é passivel das penas do art. 267 do Codigo Penal, ainda que soubesse que os conjuges não tinham feito celebrar seu casamento no estrangeiro sinão para escapar á formalidade dos actos de reverencia.

Estas disposições, accrescenta ainda Garraud, e nisto de accordo tambem com o direito belga, segundo Nypels, regem, sem distincção, *todos* os casamentos celebrados em França, por esta razão decisiva que se trata de uma lei de policia e de segurança, imposta a todos que se acharem no territorio. Em consequencia, ella se applica : 1º, ao casamento exclusivamente religioso que tivesse sido contractado em França, entre um francez e uma estrangeira, conforme as leis do paiz desta estrangeira ; 2º, ao casamento entre estrangeiros pertencentes a um paiz em que o casamento civil se confunde com o casamento religioso. Mas estas disposições não se referem sinão ao ministro do culto : as previsões da lei não se estendem ás partes contractantes, nem ás pessoas que teem consentido no casamento. [1]

Esta solução se adapta perfeitamente ao nosso direito.

A infracção, conforme o direito francez e o belga, não exige intenção criminosa alguma, o dolo especifico ; mas é mister um acto voluntario do ministro do culto.

---

[1] Garraud, OBRA CIT. vol. 3º, pag. 488, ns. 346 e 347.

Bem entendido, diz Nypels, que se trata unicamente de punir a celebração á qual o padre tem voluntariamente procedido, mas não póde haver questão de punir um padre, tomado de alguma sorte de improviso, e diante do qual dous dos seus parochianos declaram na presença de testemunhas (basta a assistencia da missa parochial) quererem unir-se, o que constitue um casamento valido aos olhos da lei canonica.

Esta observação foi reproduzida na discussão do art. 267 do Codigo belga e o ministro da justiça Bara declarou que não podia ser duvidosa.

Não tem razão, porém, a estranheza de Nypels quando accrescenta: « evidentemente, mas isto seria um meio facil de illudir a lei, si fóra de um caso extraordinario, se pudesse suppor que as partes se contentassem com esta cerimonia summaria ».

Entretanto é o mesmo autor que logo em seguida faz notar que os termos *benção nupcial* do texto do art. 267 são empregados para designar mesmo o casamento religioso, ainda que a benção, conforme o concilio de Trento, constitua uma ceremonia accessoria e de nenhum modo essencial para a validade do casamento religioso. Em consequencia tem sido julgado que a celebração, por um ministro do culto catholico, de um casamento *mixto*, sem benção nupcial cahe sob a nossa disposição. [1]

Está commentado assim o art. 284 do texto, si vigora, e na hypothese contraria a explicação do seu conteudo servirá para o caso em que uma lei o restabeleça expressamente ou estabeleça disposição semelhante.

Exprimimo-nos assim, porque si na opinião de alguns o art. 284 do texto não está revogado, é certo que ha mais de dez annos que vigora o Codigo Penal e não nos consta que elle tenha dado logar a processo criminal algum, não obstante os innumeros casos de casamentos sómente religiosos, não precedidos do acto civil; portanto, pelo menos o desuso da disposição, si não póde ser uma forma regular da revogaçao, é o facto real averiguado.

183. A questão começou no Congresso Constituinte, onde o projecto da nossa Constituição Federal na disposição do art. 72, § 4º, dizia: « A Republica só reconhece o casamento civil, *que precederá sempre as cerimonias religiosas de qualquer culto.* »

As palavras gryphadas aqui foram eliminadas, acrescentando-se ao resto do texto subsistente as seguintes que completaram a disposição constitucional: — cuja celebração será gratuita.

---

[1] Nypels, OBRA CIT., 2º vol., art. 267, pag. 178, ns. 2, 6. 7 e 9.

A commissão chamada dos 21 dizia sobre este ponto :

« O art. 72, § 4º, da Constituição (do projecto), só reconhecendo o casamento civil, declara que este *precederá sempre as cerimonias religiosas de qualquer culto*. Esta exigencia tem perfeita justificação na actualidade, visto que o casamento civil é um instituto novo entre nós e cumpre que a lei acautele interesses de terceiros e a boa fé dos proprios conjuges. Como, porém essa medida é por sua natureza de caracter *provisorio e importa uma restricção á liberdade individual*, deve cessar logo que tenha penetrado na consciencia popular a convicção de que perante a lei só o casamento civil forma e legitima a familia e confere direitos civis. Entende, pois, a commissão deve simplesmente consagrar o principio de que a Republica só reconhece o casamento civil, *ficando* ao Poder Legislativo a *faculdade* de *manter* ou *não* a *precedencia* a que allude o texto constitucional. [1]

Nós deduzimos deste documento legislativo a consequencia de que o art. 284 do Codigo Penal logo pela promulgação da Constituição ficou revogado, ou, pelo menos suspenso em sua execução *si et in quantum* uma lei não declarasse que o acto civil devia ou não preceder o religioso para na affirmativa estabelecer nova sancção ou revigorar o art. 284, tornando-o exequivel.

A sancção presuppõe a prohibição e si esta desappareceu do projecto para o legislador resolver depois si ella conviria ou não, mesmo com caracter provisorio, a sancção não póde subsistir por falta de materia.

Como diz Prins, a infracção no ponto de vista juridico é simplesmente a reunião das condições exigidas pela lei para a applicação da sancção penal. Ella é a *violação* do *principio* consagrado pela *sancção* penal. [2]

No caso, si o principio depende de uma lei futura que o proclame, a sancção penal não consagra principio algum, não tem base juridica.

Não podemos por isso conformar-nos com a opinião do illustre deputado Gastão da Cunha emittida na nossa camara sobre o assumpto, em notaveis e brilhantes discursos no fundo e na fórma. [3]

---

[1] *Projecto de Constituição, etc.*, e Parecer acompanhado dos votos em separado — ANNAES, Congresso Nacional Constituinte, Imprensa Nacional, 1891, pags. 81 e 126.

[2] A. Prins, SCIENCE PÉNALE ET DROIT POSITIF, Bruxelles, 1899, pag. 81, n. 142.

[3] Gastão da Cunha DISCURSOS de 18, 20 e 22 de agosto na *Camara dos Deputados* — « Diario do Congresso Nacional», n. 111, de 10 de setembro de 1900, pag. 1347.

E admittida mesmo por interpretação fundada no elemento historico da Constituinte a vigencia da disposição, ella não poderia subsistir por outros fundamentos, conforme depois melhor veremos.

Depois de promulgada a Constituição a questão surgiu exigindo solução urgente.

O Ministerio da Justiça por decisões de 15 de abril, 21 e 31 de agosto de 1891 declarou sem vigor o art. 284 do texto do cod. penal.

Só pela relevancia da questão, importancia da doutrina e o momento em que eram expedidos esses actos, os transcrevemos abaixo. [1]

A commissão de Constituição, Legislação e Justiça da Camara dos Deputados propondo um projecto de lei em que inclue uma disposição substitutiva do art. 284, na respectiva exposição de motivos considera este revogado e incompativel com a completa separação entre o Estado e a Igreja entre nós. [2]

O voto, em separado ao parecer, do illustre deputado Teixeira de Sá, argumentando com principios geraes para justificar a restricção á liberdade religiosa, cita a seu favor a

---

[1] Os citados avisos do Ministerio da Justiça foram as seguintes :

Em 15 de abril, aos governadores dos Estados :

« Circular — Suscitando-se duvidas quanto *á precedencia de cerimonias religiosas* matrimoniaes á celebração do casamento *civil*, declaro-vos para os devidos effeitos, que, nos termos dos §§ 4º e 7º do art. 72 da Constituição, *não* se póde prohibir que taes cerimonias religiosas sejam celebradas *antes* de effectuado o casamento civil, como se determina no decreto n. 521 de 26 de junho do anno passado, visto que seria *inexequivel* a imposição da pena nelle estatuida, e mediante o processo que estabelece para um facto que *deixou de ser* delictuoso.—*Barão de Lucena*.»

Em 21 de agosto, ao 1º secretario da Camara dos Deputados :

« Tendo a Constituição do Estado de Santa Catharina prescripto no art. 92, § 21, a *precedencia obrigatoria* do casamento *civil e religioso*, quando a Constituição Federal a isso se oppõe (art. 72, § 3º), violando deste modo o art. 72 desta, remetto-vos as inclusas copias referentes ao facto de negar-se o juiz de direito da comarca de Blumenau, naquelle Estado, a consentir na *prioridade* do casamento *religioso*, visto incumbir ao Congresso, nos termos do art. 35 § 1º, da citada Constituição Federal, velar pela guarda desta e das leis e providenciar sobre as necessidades de caracter federal.—*Antonio Luiz Affonso de Carvalho*.»

Em 31 de agosto, ao governador do Estado do Piauhy :

« Para que façaes constar ao official do registro civil de Amarante, em solução á representação sobre o facto de estar o parocho da freguezia casando orphãos *sem* que seja effectuado o acto civil, e que deveria ter sido encaminhada por esse governo, declaro-vos que nenhuma providencia póde ser dada, porquanto *nada* tem o Estado que vêr, em face da Constituição, quanto *á precedencia* de *cerimonias* religiosas matrimoniaes á celebração do casamento *civil*, como foi resolvido por aviso de 15 de abril ultimo, quer os nubentes sejam maiores ou menores.—*Antonio Luiz Affonso de Carvalho*.»

[2] PARECER E PROJECTO n. 87, *Camara dos Deputados*, 1900.

opinião do Dr. Oliveira Escorel, douto professor na Faculdade de S. Paulo, que aliás não tratou es pecialmente da questão, apenas deu-lhe força com a sua autoridade, subscrevendo a opinião emittida pel › *Jornal do Commercio*, contradictada pelo *Diario Official*, registrando o mesmo Dr. Oliveira Escorel com toda isenção de espirito ambas as publicações. [1]

Ao maior argumento na questão e usado pelo *Jornal*, póde-se simplesmente responder que a chamada commissão dos 21 quando declara « *ficando* ao poder legislativo a *faculdade de manter ou não a precedencia* a que allude o texto constitucional», não podia referir-se ao Dec. n. 521, de 26 de junho de 1890, e cod. pen. art. 284, do contrario teria usado de outra linguagem apropriada ; o Congresso fez neste ponto taboa rasa para que o poder ordinario restabelecesse as disposições, ou estabelecesse novas, de modo que, estava subentendido, não se atacasse a garantia da liberdade religiosa.

Tambem dous membros da alta magistratura, o segundo bem insuspeito pelas suas opiniões de *jure constituendo*, haviam-se manifestado logo em 1891 pela revogação do art. 284.

« O cod. penal de 11 de outubro de 1890 está em inteiro vigor, *salvo* disposições *posteriores* em contrario.

« Fallece competencia ao poder judiciario deste Estado para punir os infractores da disposição inserta no art. 284 do citado cod. penal que se acha *revogada* pelo art. 72, § 4º da Constituição de 24 de fevereiro de 1891. » *Parecer* do Dr. Vilhena, procurador da soberania nacional na Relação de *Ouro Preto* de 11 de maio de 1891.

« Com a prohibição do cod. penal francez, art. 199, estava o Decr. do Governo Provisorio n. 521, de 26 de junho de 1890, do emerito primeiro ministro da justiça da Republica, Dr. Campos Salles (seu actual Presidente); mas infelizmente o fanatismo religioso das deputações de tres das nossas antigas provincias, Minas, Bahia e Pernambuco, e de quasi todas do Norte, onde dominam ainda a superstição e o clero, estragou a obra civilisadora da revolução, eliminando das disposições constitucionaes a *precedencia* do casamento *civil*.

Trata-se, no Congresso Nacional, de restabelecer aquella disposição e a do projecto da Constituição offerecido pelo Governo á Assembléa Constituinte. Aguardamos os acontecimentos. » Nota em outubro de 1891 do Dr. Macedo Soares, ministro do Supremo Tribunal Federal, sobre o assumpto a proposito de *jurisprudencia estrangeira*. [2]

---

[1] Oliveira Escorel, Cod. Pen. Brasileiro cit., art. 284, nota 242.

[2]. O Direito, vol. 55, pag. 362; vol. 56, pag. 553. O Dr. Macedo Soares é um dos redactores desta Revista, que dirigia e então publicava em resumo arestos de tribunaes estrangeiros.

Felizmente estamos tambem de accordo quanto á revogação implicita do art. 284, pelo art. 72, § 3º, da Constituição, e mesmo na conformidade do art. 83 desta, com o illustre deputado Azevedo Marques em seus notaveis discursos de 23 e 24 de agosto de 1900, extractados e dados á estampa como excellente doutrina puramente constitucional e estrictamente juridica numa das nossas mais importantes Revistas.

E sobre a reforma projectada da *precedencia* do casamento civil ou providencia congenere a serie de argumentos é irrespondivel.

Para a lei civil não h a casamento *religioso*, nem este diversifica do concubinato; a precedencia pretendida arvoraria o ministro da religião em fiscal da autoridade civil, além de atacar a independencia e as leis das confissões religiosas.

A punição do padre é uma violencia e a dos nubentes um absurdo palpitante, porque a uns e a outros a Constituição garante a liberdade religiosa, e o concubinato por si só não é punivel entre nós.

O argumento, baseado na discussão e votação do art. 72 § 4º não tem valor a favor da precedencia e ainda aqui si bem que por fundamentos diversos, as nossas opiniões se harmonisam.

Finalmente, seja-nos permittido autorisar o nosso juizo convicto com a mesma opinião do illustre deputado, reproduzindo aqui integralmente uns trechos dos alludidos artigos:

« A situação actual do nosso direito prevê, quanto possivel, os crimes em questão, já classificados pelo nosso Codigo Penal, arts. 267, 270, 271, 272 e 273.

« O povo em geral e mesmo alguns profissionaes que, mais ou menos superficialmente, teem cogitado deste assumpto entendem que os casamentos religiosos acobertam dessas penalidades aquelles que os contrahem; mas o JURISTA *não* póde assim pensar.

« Com effeito, desde que a nossa lei positiva *desconhece* o casamento *religioso*, ella *não* póde attendel-o como uma razão *dirimente*, como uma *justificativa* desses crimes.

« Portanto todos aquelles que commetterem taes crimes *acobertados* pela *benção* da divindade, impropriamente procurada para esse fim, *incorrem* na sancção *penal* do nosso direito.» [1]

---

[1] REVISTA DE JURISPRUDENCIA, vol. 10, pag. 97 e 206 = J. M. de Azevedo Marques — *Casamento civil e religioso — Liberdade de cultos — Cod. pen* art. 284.

134. E' verdade que em varios paizes se tem adoptado como regra obrigatoria que o acto civil preceda a cerimonia religiosa.

Assim, dentre elles, póde-se notar o moderno codigo da Hollanda, que no liv. 3º, que comprehende as *transgressões* (contravenções) e no tit. 4º — das transgressões concernentes ao *estado civil* — dispõe:

« Art. 449. O ministro de um culto que, antes que as partes lhe tenham feito constar que o seu casamento foi legalmente celebrado na presença do official do estado civil, proceder á qualquer solemnidade religiosa em relação ao mesmo casamento, será punido com a multa no maximo de 300 florins.

Si no tempo em que a transgressão for commettida não tiverem ainda decorrido dous annos que o culpado tenha sido irrevogavelmente condemnado pela mesma transgressão, em logar da multa poderá ser applicada a detenção de dous mezes no maximo. »

Por igual, na Suissa, a lei federal de 24 de dezembro de 1874, declara:

« Art. 40. Uma cerimonia religiosa não póde ter logar sinão depois da celebração legal do casamento pelo funccionario civil, com a apresentação da certidão de casamento.»

Nas *disposições penaes* a lei declara:

« Art. 59. Devem ser processados e punidos *ex-officio* ou por queixa:

« 2º, de uma multa que póde ser elevada até 300 francos os officiaes do estado civil que tiverem violado os deveres impostos pela presente lei, *assim como* os ecclesiasticos que tiverem agido em contrario ás disposições do art. 40. No caso de reincidencia a multa é dupla e o funccionario será destituido.

Os ecclesiasticos são igualmente responsaveis, para com as partes interessadas, pelas consequencias civis.

As partes interessadas teem o direito de recorrer diante do Tribunal Federal contra as decisões dos tribunaes *cantonaes* sobre a applicação das disposições deste artigo.»

Alfredo Martin, professor da Universidade de Genebra, commentando esta lei, diz:

« Os esposos são livres naturalmente para proceder á uma cerimonia religiosa. Mas esta cerimonia não póde ter logar sinão depois da celebração do casamento pelo funccionario civil. Os esposos devem apresentar ao ecclesiastico, encarregado de abençoar o casamento, um certificado do casamento (art. 40).»

Diz ainda o notavel professor:

« A lei edicta uma responsabilidade penal contra diversas pessoas (art. 59), a saber:

« 3.º Contra os ecclesiasticos que teem celebrado um casamento religioso, sem que a celebração legal tenha tido logar (art. 40).»

« A multa é tambem de 300 francos no maximo e póde ser dupla no caso de reincidencia.

Os ecclesiasticos incorrem tambem numa responsabilidade civil para com as partes interessadas. Esta responsabilidade póde ser pesada. Figure-se o caso de um homem e de uma mulher que accionam o ecclesiastico que tem celebrado a cerimonia religiosa do casamento, tornando-o responsavel pelas consequencias, talvez muito graves, do facto que elles não teem crido necessario de se apresentar diante do official do estado civil. Por culpa do ministro do culto, elles se acreditavam casados e, entretanto, não o estavam.

Segundo a ultima alinea do art. 59, as partes interessadas teem o direito de recorrer diante do Tribunal Federal contra as decisões dos tribunaes *cantonaes* sobre a applicação das disposições do art. 59.

São com effeito os tribunaes *cantonaes* que, em primeira instancia applicam estas disposições concernentes á responsabilidade penal e civil. O recurso ao Tribunal Federal é concedido ás partes, qualquer que seja o valor do litigio.» [1]

E assim outras leis e outros codigos fazem o mesmo, como bem demonstrou, enumerando-os o deputado Gastão da Cunha, na discussão do alludido projecto.

Mas, como tambem judiciosamente observava a commissão da Camara, adduzindo uma serie de argumentos e apresentando o projecto citado: «os que raciocinam de modo diverso recorrem ás legislações estrangeiras, que não servem de subsidio para guiar a questão.»

E realmente, vamos dar demonstração disto, recorrendo á lei franceza, igual á belga e que são prototypos no caso, mesmo porque a fonte do nosso art. 284 não podia ter sido outra.

Mas, não tendo que discutir o projecto, nem a questão de modo geral, nos limitaremos ao nosso proprio terreno de commentador que recorre ás autoridades no estudo do direito comparado para melhor conhecer os institutos paral-

---

[1] Wolf, LOIS USUELLES *de la Confédération Suisse*, Lausanne, 1898, pags. 77, 91 e 95; Alfred Martin, COMMENTAIRE *de la loi fédérale concernant l'état civil et le mariage*. Genève, 1897, pags. 127 e 226.

lelos ou congeneres, sua historia, significação e alcance, quanto ao que existe ou póde ser creado na legislação para mantel-a ou innoval-a.

Eis como Chauveau e Hélie abrem a explicação dos arts. 199 e 200 do Cod. Pen. Francez, parallelos ao art. 284 e a quantos projectos se apresentem para substituil-o:

«Separando o poder civil e o poder religioso, a lei necessariamente previu que, sobretudo nos primeiros tempos que succederiam á essa separação, os ministros do culto, quer em consequencia de habitos tomados, quer por convicção de seus direitos, tentariam retomar alguns destroços do poder que lhes escapava. Os actos do estado civil, longo tempo confiados ás mãos dos ministros do culto catholico, pareciam sobretudo dever ser o objecto de taes usurpações.

Já a lei de 7 do Vendimiario do anno IV havia prohibido, sob penas severas, conceder qualquer autoridade aos attestados relativos ao estado civil e emanados deste ministerio.

Foi mister em seguida que o legislador inscrevesse na CONCORDATA de 18 do Germinal do anno X *a prohibição imposta aos mesmos ministros* de dar a benção nupcial ás pessoas que não provassem ter contrahido o casamento civil. Esta interdicção foi *estendida* aos ministros dos cultos *dissidentes* e do culto *israelita*.

Os arts. 199 e 200 são a SANCÇÃO *destas disposições*.»

Ora, perguntamos nós : onde está a nossa *concordata* com a Santa Sé? Onde está o acto que *reconhece* o culto *israelita*, por exemplo, e um ou outro mais, como em França?

Responda a Constituição Federal, que no art. 72, fazendo *a declaração de direitos* enfeixou uma serie de disposições nitidas, energicas e insophismaveis neste ponto como o direito cardeal, fundamental da Republica, dizendo assim :

« § 3.º Todos os individuos e *confissões* religiosas podem exercer publica e *livremente* o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum.

§ 4.º A Republica só *reconhece* o casamento *civil*, cuja celebração será gratuita.

§ 5.º Os cemiterios terão caracter *secular* e serão administrados pela autoridade municipal, ficando *livre a todos* os cultos religiosos a pratica dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que *não* offendam a *moral publica e as leis*.

§ 6.º Será *leigo* o ensino ministrado nos estabelecimentos publicos.

§ 7.º *Nenhum* culto ou igreja gosará de *subvenção official*, *nem* terá *relações de dependencia, ou alliança* com o Governo da União, ou dos Estados.

§ 28. Por motivo de *crença* ou *funcção religiosa*, nenhum cidadão brazileiro *poderá ser privado* de seus direitos *civis e politicos*, nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever civico.

§ 29. Os que allegarem motivo de *crença religiosa* com o fim de se isentarem de qualquer onus que as leis da Republica imponham aos cidadãos, os que acceitarem condecoração ou titulos nobiliarchicos estrangeiros perderão todos os direitos politicos.»

Nós deixamos ao juizo dos competentes decidir si diante de um tal direito *constitucional* é possivel prevalecer o art. 284 do texto do Codigo Penal ou estabelecer disposição semelhante que attinja nas suas comminações o simplesmente *crente*, ou o *ministro* como taes, isto é, casando-se, ou casando os outros só ritualmente na qualidade de catholico, protestante, judeu, positivista, etc.

Ainda a respectiva *exposição de motivos* desenvolve a necessidade dos citados artigos do Codigo Francez, nestes termos :

« Os ministros que procedem ás cerimonias religiosas de um casamento, sem que lhes tenha sido provado o acto de casamento recebido pelos officiaes do estado civil, compromettem o estado civil das pessoas *simples, tanto mais* dispostas a confundir a benção nupcial com o acto constitutivo do casamento, *quanto* o direito de imprimir no casamento o cunho da lei estava *ainda ha pouco* nas mãos desses ministros. Importa que tão funesto engano não se perpetue.» [1]

185. Esta ultima observação ataca substancialmente esta emenda offerecida ao projecto pelo distincto parlamentar :

« Ao art. — Não effectuado o casamento civil antes da cerimonia religiosa de qualquer culto — penas — aos *nubentes* — prisão de um a tres annos ; ás *testemunhas* 15 dias a 60.

Paragrapho unico. Nas mesmas penas incorrerão os *nubentes* que, unidos apenas religiosamente, não legalizarem sua união no prazo de dous mezes.

Sala das sessões, 22 de agosto de 1900. — *Gastão da Cunha*.»

Na grande obra essencialmente pratica que escreveu sobre aquelle direito, Blanche, a seu turno, quando passa a

---

[1] Chauveau, Hélie e Villey, OBRA. CIT., vol. 3º, arts. 199 e 200, pag. 65, ns. 916 e 917.

tratar dos arts. 199 e 200 do Codigo Francez, começa por uma advertencia preliminar que se deve notar, dizendo :

« As disposições que nós vamos estudar *não* são applicaveis *sinão* aos ministros dos *cultos* RECONHECIDOS em França.

Esta opinião tem, eu sei, seus contradictores.

Mas parece-me que ella acha sua justificação na discussão de que os artigos, que me occupam, foi objecto no Conselho de Estado (*Locré*, t. 30, pags. 170 e segs.) Foi, parece, o pensamento que dominou os debates.

E' sem duvida o pensamento de Portalis, quer quando elle examina si ha circumstancias « em que se torne necessario obrigar os *ministros dos cultos organisados* (são delle todos os gryphos) a dar conhecimento á autoridade dos escriptos que elles se propõem a publicar » (*ib.*, pag. 173), quer quando elle procura estabelecer que si a lei póde mostrar-se zelosa nos paizes em que os cultos não são sinão tolerados, « não é o mesmo quanto *aos cultos organisados pelas leis, daquelles cujos ministros são nomeados pelo imperador e sujeitos a um juramento* PARTICULAR» (*ib.*, pag. 174); é ainda o pensamento de Berlier, quando reconhece que se póde dispensar de submetter á approvação previa do ministro dos cultos as instrucções pastoraes, pois que é affirmado por este ministro « *que os pastores das religiões admittidas em França* conduzem-se de maneira a não inspirar inquietação alguma séria » (*ib.*, pag. 179). Emfim, é o pensamento de Cambacérés, quando faz observar ao Conselho que o Imperador manifestou a intenção que os delictos particulares aos ecclesiasticos constituissem uma classe á parte.

Quanto aos ministros de cultos que existissem em França, sem serem *reconhecidos* seriam, conforme parece-nos, collocados sob o imperio do direito *commum*. Si este direito é mais rigoroso que os artigos relativos aos ministros dos cultos *reconhecidos*, elles soffrerão o seu rigor; si elle é menos severo, elles aproveitarão da sua indulgencia. [1]

A' vista destas observações e do que já tinhamos adiantado, o projecto art. 5º fez bem em revogar o art. 284; mas, melhor seria ter usado de uma fórma de disposição interpretativa, declarando que o artigo estava revogado, afim de retroagir sem duvida possivel a favor dos factos já consumados.

Não achamos por isso fundamento para a emenda do illustre deputado Galdino Loreto, um dos salientes collaboradores da reforma em questão, de cujo projecto é relator o nosso distincto collega deputado Alfredo Pinto.

---

[1] Blanche, OBR. CIT. vol. 4º pag. 1, n. 1, introducção ao estudo dos arts. 199 e 200.

Finalmente, seja-nos licito ainda referir a opinião de Garraud, cuja obra notavel tem no momento o merito pelo menos de ser recente, fazer a critica da lei e em relação á França quasi consideral-a dispensavel.

O estado civil, diz elle, resultando particularmente destes tres factos, o nascimento, o casamento e a morte, estabelece-se por meio de declarações recebidas pelos officiaes do estado civil, que redigem *actos* nos quaes ellas são constatadas.

A secularisação (*laïcisation*) do estado civil, operada pela revolução franceza teve como consequencia desviar a intervenção dos ministros dos cultos na recepção e redacção destes actos. Mas para romper com habitos e talvez tambem com resistencias faceis de prevêr, particularmente por parte dos ministros do culto catholico, a lei de 7 do Vendimiario do anno IV, prohibio sob penas severas, attribuir qualquer autoridade aos certificados relativos ao estado civil e emanados destes ministros.

O legislador foi mesmo mais longe, e, por uma disposição que *viola, n'uma certa medida, a* LIBERDADE DE CONSCIENCIA, ordenou aos ministros do culto catholico, de não dar a benção nupcial «sinão aquelles que provarem, em bôa e devida fórma, ter contrahido casamento diante do official do estado civil».

Esta disposição contida no art. 54, da lei de 18 do Germinal do anno X, foi estendida aos ministros dos outros cultos pelo decreto do 1º do Pluvioso do anno X e art. 53 da ordenança de 25 de maio de 1844.

Si esta *interdicção* tinha uma razão de ser no começo deste seculo (19º), ella *não* tem mais *quasi* hoje: não ha a temer, com effeito, ver os *interessados confundir* a cerimonia religiosa com o acto constitutivo do casamento, e os ministros do culto, *quer* em consequencia de habitos adquiridos, *quer* por uma convicção *exagerada* de *seus pretendidos* direitos, *enganar* as pessoas que querem receber a benção nupcial. A lei tem crido, não obstante, dever sanccionar *duplamente* a prohibição estabelecida contra os ministros dos cultos.

Por um lado, com effeito, a sua violação constitue *um dos casos de* ABUSO determinados e reprimidos pelo art. 6º da lei de 18 do Germinal do anno X.

(Nós não temos hoje no Brazil casos de *abuso* do poder ecclesiastico sujeitos á jurisdicção do poder civil, esta anomalia desappareceu com a respectiva separação). Por outro lado, a infracção, da parte do ministro do culto, á esta prohibição, é punida, ora como *delicto* e ora como *crime*, pelos arts. 199 e 200 do codigo penal francez. [1]

---

[1] Garraud, OBR. CIT. vol. 3º pag. 486, n. 345, pr.

Nessa citação de Garraud salientam-se dous pontos: violar a lei a liberdade de consciencia não obstante a posição do Estado *vis-à-vis* da Igreja, diametralmente opposta á que tomámos depois da Republica; e a desnecessidade hoje das disposições ainda vigentes.

Sobre o primeiro ponto, o conceito fortifica a opinião que seguimos contraria á existencia do art. 284 do codigo penal.

Quanto ao segundo ponto, a apresentação do projecto provocado por indicação do seu illustre relator o deputado Alfredo Pinto e a discussão na Camara parecem justificar a necessidade de adoptar em lei providencias especiaes.

136. Por motivos geraes e intuitivos, insurgimo-nos com razão contra qualquer penalidade, maxime criminal, cuja applicação attinja os *nubentes* e ainda mais contra o *homem*, sómente porque elle póde ser justamente o nubente arrastado pela nubente a realisar só a ceremonia religiosa.

Nada de pena contra os nubentes *simplesmente* como *taes*.

O projecto, art. 2°, manda applicar ao *nubente* a pena do artigo, para nós de applicação impossivel, porque a cerimonia religiosa não é *falso* casamento, não é casamento algum; aos olhos da lei não tem forma, nem apparencia de casamento, juridicamente não existe absolutamente.

As outras partes do art. 2°, são acceitaveis, mas ellas devem ter um caracter meramente interpretativo, podendo serem reduzidas á emenda do deputado Galdino Loreto, salva a redacção:

« Art. O casamento religioso não isenta de pena os responsaveis por um facto punivel.»

A lei não deve chamar *casamento* ao que não é, mas empregar outra locução: por exemplo, *cerimonias religiosas*, como dizem o cod. francez e a lei suissa, ou *benção nupcial* como está no cod belga.

Dado o caso que reuna os caracteres exigidos pelas disposições respectivas do cod. penal, o *nubente* então, não simplesment *tanquam talis*, mas como um autor de crime contra os bons costumes e a ordem na familia, não sendo casado, como não é, poderá incorrer nas penas dos arts. 266, 267 e 268, segundo a hypothese, pois que conforme o art. 272, presume-se com violencia taes factos praticados contra pessoa menor de 16 annos.

O mais da acção, do processo e das disposições civis não diremos.

Quanto aos ministros dos cultos, só vemos uma providencia para o caso em que fizerem propaganda provada contra a pratica do casamento civil, induzindo os interessados a não realisal-o.

O cod. crim. de 1830, art. 119, continha uma figura de crime especifica, acompanhada doutra generica, por uma

formula geral, que punia o que por escriptos ou discursos em reuniões politicas provocasse directamente a desobediencia ás leis.

E' mister ampliar a formula, sem referil-a a escripto, nem a discurso, porque basta que o facto possa ser provado para ter lugar a punição, e ao mesmo tempo restringil-a ao objecto de que se trata, isto é, provocar a desobediencia das leis sobre o casamento civil, induzindo os interessados a não realisal-o, contentando-se com a observancia da cerimonia religiosa ou recepção da benção nupcial.

Fóra dahi não vemos providencia legal adequada que respeite a Constituição Federal.

No estado actual do nosso direito podemos estabelecer como uma maxima que o chamado casamento religioso não exclue absolutamente as sancções do cod. penal sobre os factos contrarios aos bons costumes.

Mas pensamos e nisto contra o projecto, art. 2º e a emenda substitutiva do deputado Galdino Loreto na parte que um e outro pretendem considerar a cerimonia religiosa uma fraude constituindo elemento do art. 267 do cod. penal — que isto é inadmissivel.

Assim pensamos, porque, embora reconheçamos differença entre a disposição desse artigo e a do art. 331, n. 4º ultima parte, do cod. ital. onde se diz:—ou por effeito de meios *fraudulentos* por elle (o culpado) empregados— todavia ainda a doutrina dos autores italianos deve ser acceita porque se coaduna com as nossas instituições recentes de plena secularisação do estado civil.

E ainda por isso seja-nos licito consignar aqui a opinião de Costanzo Calogero, integralmente, para não alterar o seu pensamento extractando-a e resumindo-a.

Aquelle caso é o unico no cod. italiano em que a conjuncção carnal é punida fóra do caso de violencia real e presumida.

Interpretando a figura do crime é que o insigne autor, depois de demonstrar que ella não póde abranger a simples promessa de matrimonio, diz:

« Não cremos que o mesmo se possa dizer da simulação de casamento, porque neste caso nós nos achamos de frente á uma verdadeira e propria *fraude* e o consenso surprendido á mulher mediante engano não dirime absolutamente a responsabilidade do culpado.

« A mulher que na sua honestidade e no sentimento dos seus deveres teria devido achar a força de resistir ás promessas mendazes e ás artes do seductor, acha-se de todo inerme e na impossibilidade de resistir áquelle que se apresenta na falsa qualidade de esposo, forte por seus direitos.

« A insidia usada pelo culpado que tem por effeito reduzir a mulher à uma impossibilidade real e verdadeira de resistir aos appetites delle, dá sem duvida alguma a este facto todos os caracteres de delicto.

« A simulação de casamento, portanto, podemos affirmar que constitue um meio fraudulento nos termos do art. 331, n. 4º.

« *Bem entendido* porém que tal simulação deve ter todos os requisitos, de modo que o engano da victima seja justificado, e deve referir-se ao *casamento* CIVIL ; porque se tenha sido simulada a *cerimonia* RELIGIOSA, o facto, immoral, tanto quanto se pretenda, sahe do dominio do cod. penal.

« O casamento *religioso* ainda que validamente celebrado não produz effeito algum juridico e a lei *civil não* distingue o CONCUBINATO da *condição* daquelles que estão unidos SÓMENTE pelo vinculo *religioso*.

« A simulação por isso d'um facto que mesmo realisado nada altera nas relações de duas pessoas que se unem casualmente, é claro que não póde ter effeito algum de frente á lei penal.

« São sem duvida para deplorar os gravissimos inconvenientes a que tem dado logar o máo costume de celebrar o casamento *religioso antes do civil*, máo costume graças ao qual tantas infelizes, como ignorantes, se deixando conduzir ao altar, veem-se depois abandonadas como *simples* CONCUBINAS, sem terem modo de fazer valer seus direitos de *mulheres*, pois que taes não são deante do estado civil, mas a taes inconvenientes e ao de milhares de filhos, que não são sinão bastardos, porque os seus pais descuidaram-se de collocar-se na regra com o estado civil, *não* póde o cod. penal prover.

« O governo, não surdo aos lamentos de tantas victimas da má fé ou ignorancia doutros, proverá com lei adequada, e já se falla num projecto apresentado na Camara dos Deputados pelo Ministro da Justiça Bonacci sobre a obrigação de fazer preceder o casamento *civil* ao religioso.

« Não é aqui o logar de examinar si esta lei, inspirada sem duvida em sentimentos de alta humanidade, *restrinja muito a liberdade* dos cidadãos e *invada* o campo da *actividade individual*, nós cremos porém que o estado não entende impedir aos cidadãos de considerar como necessaria á validade do casamento a funcção religiosa, mas entende sómente que o contracto de casamento, que é a base da familia e da sociedade, não seja substituido por uma funcção religiosa, civil e legalmente van. Livres os cidadãos de unirem-se religiosamente, o Estado tem o dever de prevenir e até certo ponto de reprimir a falta da união civil que produz gravissimos inconvenientes de ordem social.

«Esta lei, de natureza especialmente preventiva, uma vez calcada sobre principios de justiça e de equanimidade e rectamente applicada protegerá justamente contra a má fé a ingenuidade das jovens e, tendendo a regular a condição dos filhos, tutelará uma ordem de interesses de indole geral [1].

Sobre estes conceitos geraes temos apenas que nos referir á opinião que já emittimos em relação á reforma que tambem se projecta entre nós.

Quanto ao mais porém a longa citação convence de que ha uma certa contradicção em só reconhecer o Estado o casamento civil e erigir a cerimonia religiosa em elemento de crime contra o pudor, equiparando á simulação de casamento uma situação onde a lei não vê nada que se possa juridicamente qualificar como casamento; porque a simulação representa ou presuppõe a apparencia, a imitação da fórma, da realidade e si estas não existem para a lei, muito menos poderão existir as apparencias, a imitação, a simulação capaz de ser reconhecida pela lei como condição de figura de qualquer crime.

137. Passamos a tratar dos arts. 285 a 288 inclusive, que formam o capitulo III *do parto supposto e outros fingimentos*, do titulo IX do codigo penal e correspondem ao capitulo VII deste titulo VII deste nosso commentario.

A fonte proxima do codigo vigente, embora alterada, foi o nosso codigo anterior, arts. 254 e 255.

Mas a redacção foi modelada pelos codigos portuguezes, arts. 340 e 341.

O *parto supposto* que é a especie do art. 285 figurava na Orden. do Liv. 5º, Tit. 55.

Silva Ferrão censura o codigo portuguez de 1852 por estabelecer pena mais severa que a sua fonte, o nosso de 1830; e censura ambos tambem o que se póde applicar ao nosso codigo vigente, porque incriminam o facto material, sem curarem do fim a que esse facto se dirige, e de quaes serão as suas consequencias necessarias, effectivas ou mesmo possiveis.

Ainda diz elle, que a Orden. e o nosso codigo anterior tornam essencial para esta incriminação a *simulação* da gravidez. O facto material, sem ser precedido desta *longa premeditação*, não tem importancia alguma, porque ninguem acredita. Cáe por si mesmo, porque lhe falta a menor sombra de verosimilhança.

Depois de criticar a indistincção da lei, exemplificando casos ou citando exemplos de factos de parto supposto que

---

[1] Costanzo Calogero, *apud* Cogliolo, OBR. CIT. vol. 2º. Part. 1ª A, pag. 1042.

não causam damno e nem prejuizo a terceiros, podendo ser quando muito immoraes, mas não illicitos, nota o mesmo autor que o notavel codigo da Baviera não contemplou tal figura de crime e a sua origem entre nós foi a Orden. Philippina que teve como fonte o direito romano, não aproveitado aliás pelas compilações Manuelina e Affonsina.

Entre nós Thomaz Alves e Carlos Perdigão, commentando o codigo anterior, manifestam-se, este abertamente contra a disposição parallela ao art. 285 do texto e aquelle no sentido de restringir a sua applicação, conforme as idéas de Silva Ferrão, pela difficuldade da prova, falta de nitidez nos elementos do crime, ausencia de damno real, etc.

Todas estas opiniões convergem para condemnar o nosso codigo penal. [1]

Pacheco commentando o cod. hespanhol anterior, arts. 392 e 393 e vigente, arts. 483 e 484, observa que si se póde dizer que é dura a lei, de nenhum modo se poderá dizer que seja injusta. A supposição de parto, a substituição dum menino em lugar de outro, não só causam a certos individuos um prejuizo incalculavel em sua personalidade e interesses como até alarmam e espantam a sociedade inteira. O crime nestes factos que precisamente devem ser de boa fé não póde olhar-se com demasiado horror nem castigar-se com assaz energia. [2]

Taes origens explicam a existencia da figura nos modernos codigos do Uruguay, art. 312, da Argentina, art. 150, e outros das republicas hespanholas da America.

Rivarola, por isso mesmo insuspeito, censura a casuistica (elle não conhece a do nosso) do codigo argentino, preferindo a dicção do codigo francez, art. 345, que resume os conceitos das figuras tambem do nosso Codigo, arts. 285 a 288, e dá interpretação razoavel ás parallelas do mesmo codigo argentino, que como o do Uruguay e os hespanhóes falla expressamente de medicos e parteiras, no que o seguiu o nosso vigente.

A opinião de Rivarola é do maior valor para a interpretação do art. 285 do texto, tão lacunoso como é, e realmente elle diz que os direitos que se dê ao supposto filho para que proceda a applicação do art. 150, devem ser direitos inherentes a um *estado civil* que se crêe ou supponha.

Desde que a supposição de gravidez ou de parto não tenha por objecto um interesse daquella natureza, não terá lugar a applicação do artigo.

---

[1] Silva Ferrão, Obr. cit. vol. 6º pag. 310, art. 310; Thomaz Alves, Obr. cit. vol. 3º, pag. 602, art. 254; Carlos Perdigão, Obr. cit. vol. 2º pag. 518, art. 254.

[2] Pacheco, Obr. cit. vol. 3º pag. 212, n. 2.

Rivarola censura um aresto do Supremo Tribunal hespanhol por applicar o respectivo codigo até o caso do qual não resultou prejuizo algum, ou á vista da lettra mesmo da disposição que não refere o fim ou objectivo do facto, mas está collocada como a do nosso em um titulo bem significativo como o deste — dos crimes contra a segurança do estado civil.

O mesmo autor cita a opinião de Carrara contraria aos codigos, cuja redacção não exclue mesmo factos indifferentes. [1]

No paragrapbo unico do art. 285, o nosso Codigo manda punir com as penas da co-autoria, attenta a sua technica, salvo si não é tal na linguagem, o medico, a parteira, o marido, ou pessoa que cohabite com a ré, estas duas ultimas si — *simplesmente assentirem*.

Temos no caso até uma criminalidade *post factum* que nem no assassinato póde ser juridicamente tolerada.

Rivarola nota ainda aqui, não sobre o assentimento, absurdo que não existe no Codigo argentino, mas sobre a co-autoria do medico e da parteira, que comquanto pudesse a lei ter deixado avaliar-se a responsabilidade principal ou accessoria dessas pessoas para punil-as correspondentemente, todavia sendo maior a importancia do dever violado por taes pessoas, ao mesmo tempo que ellas não obram pelos proprios estimulos dos interessados, é explicavel a lei.

Outra questão, lembrada pelo mesmo autor e que póde suscitar o art. 150, parallelo do nosso, é a de saber si fallando a lei de direitos que se attribuam a um *supposto filho*, será necessario que effectivamente se apresente uma creatura com tal qualidade, ou se qualificará tambem como crime o facto, quando em vez de exhibir-se o filho se produzam falsas provas de que existiu, por exemplo, por falsa inscripção de nascimento.

Rivarola adopta a solução negativa.

A doutrina diverge.

Garraud, seguindo Blanche, adopta a solução affirmativa dizendo que o crime de *supposição de filho* póde resultar igualmente da supposição em uma mulher, mesmo de um filho imaginario. Este facto tem em certos casos consequencias muito graves, e servirá de base a actos de usurpação e de espoliação, por exempto, á revogação de uma doação por superveniencia de filho. Sem duvida, quando o filho é imaginario, *não* póde haver offensa ao estado civil de *ninguem*. Mas, em nossa opinião, a qualificação do art. 345 do Codigo francez, é independente de qualquer suppressão de estado. Em vão se dirá ainda, que o crime de supposição de filho implica a

---

[1] Carrara, PROGRAMMA PART. SPEC. vol. 3º, pag. 491, § 1.964.

existencia de um filho, porque precisamente o que a lei pune, é a *supposição de um filho* em uma mulher que não tem dado á luz.

Esta opinião de Garraud baseia-se sobre um aresto da Cassação franceza de 7 de abril de 1831, que Chauveau e Hélie já procuravam justificar antes dos citados autores, reconhecendo que a decisão não tinha sido apoiada em motivo algum.

Nypels combate perfeitamente taes opiniões diante do art. 345, assim como do codigo belga, art. 363, notando que a Côrte revisora de Grenoble nem citara aquella disposição e mandara processar os individuos sómente pela falsidade commettida, codigos francez, art. 147 e belga, art. 196.

Nós preferimos a opinião de Nypels, adoptada pelo Dr. Rivarola. [1]

A solução no nosso direito não póde ser outra á vista do art. 285 do texto que não consagra como punivel expressamente a especie, o que seria necessario á vista mesmo do art. 1º, 2ª parte que prohibe a interpretação extensiva por analogia ou paridade.

Nem servirá de argumento a disposição do seguinte art. 286 do texto, porque esta constitue uma outra figura de crime differente da do art. 285.

138. Neste art. 286 ha duas partes : 1ª — « deixar de fazer dentro de um mez, no registro civil a declaração do nascimento de uma criança nascida » ; 2ª — « como fazel-a a respeito de criança que jamais existira, para crear ou extinguir direito em prejuizo de terceiro».

Ha no artigo o absurdo de equiparar o primeiro facto sem gravidade, e commettido por simples omissão, ao segundo, punindo-os com a mesma pena, salvo si applicar-se á 1ª parte do artigo a condição ultima da 2ª, isto é, para crear ou extinguir direito em prejuizo de terceiro».

A fonte da 1ª parte parece ter sido o codigo francez, art. 346, mas a pena neste é de 6 dias a 6 mezes e multa de 6 a 300 francos e não prisão cellular de 6 mezes a 2 annos !

Acerca da disposição parallela nota Garraud que o facto material do delicto previsto por este texto consiste em uma *omissão* que póde ser *intencional* ou resultar de uma simples *negligencia*. A lei não fez distincção sob este ponto de vista e ella fulmina aqui a *culpa* do mesmo modo que o *dolo*. Trata-se effectivamente de sanccionar prescripções regulamentares.

---

[1] Dr. Rivarola, OBR. CIT. vol. 2º cap. XII, pag. 197, Chauveau, Hélie e Villey, OBR. CIT. vol. 4º pag. 462, n. 1715 ; Blanche, OBR. CIT. 5º vol. pag. 333, art. 345, n, 257 ; Garraud, OBR. CIT. vol. 4º pag. 612, n. 576 ; Nypels OBR. CIT. 2º vol., art. 363, pag. 456, n. 17.

Não se trata pois sinão de determinar: 1º a quem incumbe sob tal sancção penal a obrigação de declarar o nascimento ; 2º onde esta obrigação deve ser cumprida ; 3º em que praso ; 4º o que deve comprehender a declaração ; 5º em que casos ella deve ser feita.

Mas para resolver estas diversas questões, importa notar que o art. 286, 1ª parte, do texto constitue a sancção mesma, das nossas leis e regulamentos sobre o assumpto, compilados recentemente por um dos nossos raros jurisconsultos, conselheiro Dr. Carlos Augusto de Carvalho, dos artigos de cuja *Consolidação* nos vamos servir como do direito constituido vigente.

1.º — « O nascimento será communicado pelo pai ; em sua falta ou impedimento, pela mãe ; no impedimento de ambos, pelo parente mais proximo, sendo maior e achando-se presente ; na sua falta e impedimento, pelo facultativo ou parteira que tenha assistido o parto, e por pessoa idonea da casa em que occorrer, si sobrevier «fóra da residencia da mãe» (art. 29).

A lettra do art. 286, 1ª parte do texto não se referindo a pessoas não suscita as questões que levanta em França a necessidade de harmonisar o codigo civil com o codigo penal.

Nenhuma das pessoas não designadas nas nossas leis civis póde ser passivel de pena no caso da disposição do texto.

2º e 3º « Art. 29. A obrigação deve ser cumprida nos lugares e prazos indicados pelas seguintes disposições :

Art. 25. Todo o nascimento que occorrer na Republica, a bordo dos navios de guerra ou mercantes em viagem, ou nos acampamentos do exercito em campanha, deverá ser dado a registro dentro de tres dias.

« O registro far-se-ha dos que nascerem:

I. Na Capital Federal, pelo serventuario a que se refere o art. 2, na circumscripção em que tiver lugar o parto ;

II. Nas colonias federaes, pelo empregado, para isso designado ;

III. A bordo dos navios de guerra e mercantes em viagem na fórma do art. 31 ;

IV. Nos acampamentos do exercito de accordo com o disposto no art. 32 ;

V. Nos Estados, pelo official e no lugar que a respectiva legislação determinar.

Art. 26. O prazo de que trata o artigo antecedente ampliar-se-ha :

a 8 dias, para os que residem de 8 a 48 kilometros de distancia da séde do registro ;

a 20, para os que residirem de 48 a 120 kilometros.

a 60, para os que residirem á maior distancia.

Paragrapho unico. Si, porém, a menor distancia das mencionadas neste artigo houver autoridade policial, a declaração dever-lhe-ha ser previamente feita nos termos do art. 31, o que certificará, e em vista da certidão far-se-ha o registro.

Art. 28. No caso de ter a criança nascido morta, e no de ter morrido na occasião do parto ou dentro dos 30 dias, bastará fazer uma declaração assignada pelo pae ou mãe da criança fallecida, ou por quem suas vezes fizer e por duas testemunhas presenciaes.

Art. 50. Esgotados os prazos dentro dos quaes deverá ser feito algum registro, nenhuma declaração para realizal-o será attendida sem ordem do juiz competente, que imporá a multa respectiva. »

Principalmente para conciliar este ultimo artigo da *Consolidação* com o art. 286, compilado no art. 56 da mesma, deve-se entender que no caso do art. 50 ha sómente multa e só se realiza a infracção do art. 286, quando além dos prazos designados nos artigos citados acima, decorre mais um mez.

Esta solução é contraria ao direito francez, fonte do nosso, mas em França, como na Belgica, art. 361, os respectivos codigos se referem á lei civil.

Entre nós, é impossivel harmonisar doutro modo diverso ao que adoptamos, prazos de 60 dias da lei civil com o mez do codigo penal, assim como a multa com as penas elevadas do art. 286, quando as do codigo belga são de oito dias a tres mezes de prisão e multa de 26 a 200 francos.

4º e 5.º — Os arts. 30, 31 e 32 da Consolidação contém tudo quanto deve comprehender a declaração e os casos em que deve ser feita. [1]

Estas ultimas disposições são muito extensas e minuciosas para que possamos transcrevel-as aqui e por isso ficam apontadas no texto e na nota com as outras mais necessarias.

O seu conhecimento é indispensavel, porque á infracção dellas é que corresponde a sancção do art. 286.

A 2ª parte do art. 286 teve a sua fonte na 2ª parte do art. 341 dos codigos portuguezes. Silva Ferrão que censura com razão as disposições relativas ao assumpto, sobre esta parte do artigo diz : quanto á segunda parte, restricta, á falsa declaração de *nascimento e morte* de um infante que nunca tinha existido, o caracter especial e principal do crime é tambem o da *falsidade* em *prejuizo de terceiro;*

[1] Carlos de Carvalho, Nova Consolidação cit. *Parte Complementar*, Tit I, arts. 25 a 32 e a legislação ahi citada.

neste artigo a incriminação é sempre subordinada ao prejuizo de terceiro *real* ou *ideial*. [1]

Note-se afinal, que o Codigo no art. 388 repete quasi a especie do art. 286, primeira parte do texto, sem marcar prazo, como aqui, mas referindo-se aos dos regulamentos. Sendo inconciliaveis as disposições, em vez da pena do *delicto*, deverá ser applicada a da *contravenção*, que é muito menor.

Ha desharmonia, tanto nos elementos das figuras, e em relação aos prazos garantidos pelas sancções respectivas, como quanto ás penas. A nossa solução evita a iniquidade da applicação de dous mezes a dous annos de prisão cellular por uma infracção *contravencional*, commettida muita vez por *omissão*.

139. O art. 287 contempla a hypothese de « fazer recolher a qualquer asylo de beneficencia, ou estabelecimento congenere, filho legitimo ou reconhecido, para prejudicar direitos resultantes do seu estado civil ».

A disposição figura no codigo hespanhol, arts. 392 e 483, uruguayano, art. 313, e argentino, art. 151.

Sobre o primeiro lembra Vasquez Acevedo as observações de Pacheco que elle applica ao segundo e conforme as quaes não se pune a occultação ou *exposição* de um filho simplesmente como taes; sim o roubo (que isto é a occultação) ou a exposição, para fazer-lhe perder o seu estado civil. Do que aqui se trata é da usurpação commettida nessa tenra pessoa dos direitos que lhe dá o seu nascimento, da successão que podia ter dos seus paes, dos beneficios que esperava doutros parentes, do seu nome, da sua condição, da sua existencia verdadeira. Quando a occultação ou a exposição tem tido outras causas; quando si o tem depositado, por exemplo, na *Casa dos Expostos (Inclusa)*, por não ter com que alimental-o, o caso é muito outro e este artigo não tem applicação alguma. O roubo, a defraudação do estado civil, dessa parte de nossa existencia, é numa palavra, o que com grande justiça quer aqui impedir a lei — Pacheco, sobre o art. 392 do codigo hespanhol de 1850.

Tambem Rivarola observa sobre a disposição parallela á do nosso codigo:

Constitue a segunda fórma do delicto deste titulo a *exposição* ou occultação ou supposição de filiação para fazel-o perder o estado de familia, ou os direitos que por esse estado lhe correspondem, e a substituição de filiação quer dizer a troca da verdadeira por falsa com o mesmo objecto.

---

[1] Silva Ferrão, Obr. cit.. vol. 6º, pags. 317, art. 341; vid. Garraud, Obr. cit., vol. 4º, pag. 625 ns. 589 e seguintes.

A enunciação do *fim* a que devem tender aquelles meios para julgal-os como o delicto a que se refere esta disposição, é util para evitar que os tribunaes cheguem a soluções como a que mencionei, da jurisprudencia hespanhola, sobre *parto supposto* (n. 137).

O mesmo art. 483, do cod. hesp. ao referir-se em sua 2ª parte, á occultação ou exposição de filho legitimo, tem cuidado de accrescentar: *com animo de fazer-lhe perder seu estado civil.*

Incorreria manifestamente neste delicto o pai legitimo que levasse seu filho á *casa dos expostos* [1].

Conforme a doutrina do cod. francez, art. 348, belga art. 366, aquelle não comprehende em suas previsões, nem o pai, nem a mãe, porque qualquer destes, levando o filho ao asylo não depõem uma criança que lhe tenha sido confiada e o abuso de tal confiança é elementar do crime.

Por outras palavras, os citados codigos incriminam uma especie parecida com a do nosso art. 287, mas quanto ao facto em si, sem que o autor vise o fim de prejudicar direitos concernentes ao estado civil nesta especie, noutros termos, devia estar talvez comprehendida nos citados codigos nas disposições relativas á suppressão do infante. [2]

Assim Nypels, referindo-se ao respectivo art. 363 do cod. belga, diz:

Nos casos de *exposição,* abandono, tirada ou occultação d'um menino (cod. belga, arts. 354 e segs. 364 e 365) estes factos constituem uma infracção contra a pessoa do menino; elles podem ser processados e punidos, qualquer que seja o estado do menino e quaesquer que sejam os parentes aos quaes elle pertença.

Elles podem, é verdade, constituir tambem o delicto de *suppressão de estado,* mas o estado do menino não será prejulgado em nada pela condemnação dos autores da *exposição,* da tirada, etc... De resto, um menimo póde ser tirado á sua familia, póde ser occultado depois que todas as condições para constatar sua filiação tem sido cumpridas, e sem que os autores da tirada tenham tido a intenção de supprimir seu estado.

Quanto á França as modificações feitas pela lei de 13 de maio de 1863 ao art. 345 do cod. pen., parecem ter determinado uma evolução na jurisprudencia, de modo que hoje, na opinião de Garraud, a questão de saber si é mister considerar como um dos elementos essenciaes e constitutivos do crime de *suppressão* d'um infante, a circumstancia que o culpado,

---

[1] Vasquez Acevedo, Código penal cit. art. 313, Rivarola, Obr. cit., vol. 2º, pag. 205, n. 653.

[2] Vide Blanche, Obr. cit. vol. 5º, pag. 365, n. 277.

fazendo-o desapparecer, tem tido a intenção de prival-o do seu estado civil, tornou-se uma das questões mais controvertidas do cod. pen. francez; não havendo menos de tres opiniões sustentadas sobre ella. [1]

Esta questão não nos preoccupa, porque conforme o texto do art. 287 do nosso cod. é condição elementar do crime o prejuizo de direitos resultantes do estado civil do filho legitimo ou reconhecido.

O nosso artigo tambem differe do cod. belga, art. 363, como acabamos de ver.

140. Passemos ao art. 288 do texto, ultimo deste capitulo VII do commentario.

As fontes da disposição foram o cod. anterior, art. 255, e os cods. hespanhoes, anterior e vigente, arts. 394 e 485, reproduzidos no cod. do Uruguay, art. 315; da Argentina, art. 153; Chileno, art. 354 e do Perú, art. 291.

Todas essas disposições são mais simples do que a do nosso cod. sempre com o máo veso de ser casuistico, sendo de notar que o cod. uruguayano pune o facto com 18 mezes de prisão no maximo e o nosso com quatro annos de prisão cellular.

Carlos Perdigão, commentando o art. 255, fonte em parte do art. 287 do texto, censura com razão em termos energicos e com certo desenvolvimento aquella disposição.

E como em parte as suas observações judiciosas se podem applicar ao cod. vigente que recahiu aqui no mesmo erro, ou ratice, seja-nos licito reproduzir alguns trechos:

« O art. 255 levanta tres hypotheses *sui generis*:

1.ª Fingir-se o *homem* marido de uma mulher *contra a vontade desta*, para usurpar direitos maritaes;

2.ª Fingir-se a mulher casada com um homem para o mesmo fim;

3.ª Si este fingimento fôr combinado entre ambos em prejuizo de terceiro *aggràva-se* o crime.

E' realmente singular este crime escogitado aqui e que *não* conhecemos, nos termos em que está, em cod. penal algum!

O que pretendeu o legislador prevenir aqui? A posse do estado pelo casamento *fingido*, ou, como diz elle, *para usurpar direitos maritaes?*

Si assim é, como por outro modo não póde ser interpretado, então o legislador criminal creou especie que o Direito Civil, unico regulador no caso, não póde conceber!

---

[1] Nypels, Obr. cit. 2º vol., art. 363, pag. 449, n. 7; Garraud, Obr. vol. 4º, pag. 606, n. 572.

Ora, é sabido que, quaesquer que sejam os ramos do direito, ha principios reguladores e communs, que não podem ser postos em desharmonia.

O estado civil do casamento não se prova só *pela sua posse*, é isso rudimentar, e nem póde ser invocada para supprir o *auto* ou o *assento de sua celebração*, qualquer que seja o rito pelo qual fosse realizado.

A lei admitte a posse de estado como prova da filiação dos filhos legitimos. Porque a repelle quando se trata de provar o casamento?

Em Locré (t. II, pag. 355, n. 20), encontra-se a explicação que no Conselho de Estado, em França, deu Tronchet, e que a temos por muito boa, principalmente pelos simples termos em que é dada: « nas grandes cidades, diz elle não é raro ver individuos que, sem ser casados, constituem, em relação ao casamento, certa especie de *posse de estado ;* algumas vezes até a confirmam por contracto de casamento e pela qualidade que tomam nos instrumentos ».

Admitir, como faz o art. 255, o *fingimento* de casamento *contra a vontade da mulher*, para usurpar direitos maritaes, é animar e facilitar de algum modo o concubinato, ou acreditar que este póde, pela fraude, supprir a prova indispensavel do casamento; é em duas palavras ignorar as disposições do direito a respeito. [1]

O cod. pen. vigente teve esse artigo, assim como as disposições apontadas dos artigos dos codigos estrangeiros, como fontes do art. 288, mas o conteúdo differe dos ultimos que são mais genericos, porque o nosso cod. seguiu antes o anterior de 1830.

Commentando o respectivo cod., diz Pacheco, que usurpar o estado civil duma pessoa é fingir-se ella mesma, para usar de seus direitos ; é usurpar sua filiação, sua paternidade, seus direitos conjugaes ; è a falsidade applicada á pessoa e com o animo de substituir-se por outra real e existente.

Nenhuma duvida póde haver em que isto é um grande crime e digno da severidade com que a lei o trata.

Será usurpação do estado civil tomar o nome de outro para tirar um passaporte para eximir-se de alguma vexação, para facilitar alguma cousa que offerece difficuldade? *Não* o cremos. Estas são culpas ligeiras que de *modo algum* podia ter presente a lei quando impòz (como fez o art. 288) um castigo tão grave quanto duro. Poderão talvez ser *contravenções* (nosso cod. pen. arts. 379 e 381) ; mas de modo algum constituir o delicto de que fallamos. A usurpação do simples nome, quando não se trata de privar ao que verda-

---

[1] Carlos Perdigão, OBR. CIT. vol. 2º art. 255, pag. 525.

deiramente o traz ou usa de algum direito que lhe corresponda, não póde constituir a usurpação do estado civil a que se refere a lei neste artigo. Isto nos parece *evidente*, por mais que algum *juiz* tenha decidido o *contrario* [1]

Subscrevemos *in totum* esta sabia interpretação; notando que o falso nome para fins de obter dinheiro ou utilidade, é a especie do nosso cod. pen. art. 380.

E' um crime mais comprehensivo e *per se* subsistente, conhecido no direito inglez pelo simples nome de *personation*, semelhante ao estellionato e consistindo em obter mercadorias, dinheiro ou outra vantagem mediante falsa declaração de pessoa. Conforme o direito commum (*common law*), este crime é punivel como um *engano (cheat)*; mas certos casos especiaes são previstos pelo Estatuto. Elle è estrictamente connexo com a falsidade; e muitos Estatutos provendo contra a falsidade proveem ao mesmo tempo tambem contra a falsa declaração de pessoa, *false personation*. [2]

Censurando a disposição parallela ao art. 288 do nosso codigo, diz sobre o argentino Rivarola que no art. 153 punindo-se a usurpação do estado civil de outro nos casos *não* enunciados nos artigos anteriores, com a mesma pena de 1 a 3 annos de prisão, se tem levado em conta a importancia da defraudação, como devera ter-se levado em conta nos casos anteriores.

A fórma em que a lei o tem feito, accrescenta elle, sem embargo, é censuravel. Pelo artigo se impõe a pena de 1 a 3 annos pelo delicto de *usurpação de estado civil* doutro, sem *prejuizo da pena* que corresponder quando se defraude seus bens ou direitos. Poderia entender-se que si tem havido usurpação de estado *como delicto* MEIO DE EXECUÇÃO, e defraudação *como delicto* FIM, deveria impôr-se as duas penas, com violação dos principios admittidos sobre connexidade de delitos. Não é isto, talvez, o que se tem querido dizer, e sim que *em vez* da pena de usurpação de estado se imporá a de defraudação. Houvera sido mais acertado limitar-se a lei a fixar uma pena no maximo, como fez o art. 485 do codigo hespanhol. [3]

Esta censura refere-se á disposição que corresponde á especie restricta da ultima parte do art. 288.

No caso deste nosso artigo, elle será applicado, ou na fórma do art. 66 § 3º, no maximo da pena mais grave do crime em que houver o réo incorrido, que será a do mesmo artigo, ou de outro que o acompanhar na hypothese.

---

[1] Pacheco, OBR. CIT. vol. 3º, art. 394, pag. 214.
[2] Seymours Harris, OBR. CIT. pag. 174 not. *a*.
[3] Rivarola, OBR. CIT, 2º vol., pag. 207, n. 656.

Sobre o *falso casamento*, que é elemento constitutivo de uma das especies do art. 288, isto é, o meio na hypothese figurada de usurpar o estado civil de outrem, fingindo parentesco ou direitos conjugaes—é o casamento *civil* e não o *religioso*, que o nosso direito vigente não vê como tal a benção nupcial ou a cerimonia religiosa.

Já expuzemos neste mesmo capitulo VII os principios correntes da materia neste ponto (n. 136).

Os projectos de revisão melhoraram muito o codigo penal nesta parte, simplificando as disposições relativas ao assumpto, ao mesmo tempo que tomaram como objectivo principalmente a tutella do estado civil nas fórmas — da *suppressão, troca* e *supposição de estado* — conforme declaramos na *exposição de motivos* do projecto primitivo que citamos no principio deste capitulo (n. 128).

Abaixo transcrevêmos as disposições do ultimo projecto [1]

---

[1] *Projecto de 1899* :

« Art. 290. Supprimir ou trocar o estado civil de infante, occultando-o ou substituindo-o; ou fazer figurar nos registros respectivos infante que não exista:

Pena — prisão com trabalho por dous a seis annos.

Art. 291. Collocar infante legitimo, ou natural reconhecido, em um instituto de beneficencia, occultando o estado civil delle :

Pena — prisão com trabalho por seis a dezoito mezes.

Si o culpado fôr ascendente do offendido:

Pena — prisão com trabalho por um a tres annos.

Art. 292. Commetter qualquer dos crimes previstos nos artigos antecedentes para salvar a propria honra ou da mulher, mãi, descendente, filha adoptiva ou irmã, ou para evitar sevicias imminentes:

Pena — prisão com trabalho por dous a seis mezes.»

INDICE (*)

(*) No tomo 2º ha um indice analytico para facilitar a consulta do texto do codigo e do respectivo commentario.